

4 – 100



Fran.co de Paula Escudero y Carrera guarde Dios muchos años

ARNOLDI VINNII, J. C.

SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM LIBRI DUO;

QUIBUS

Ejuſdem Auctoris Commentarius in Inſtitutiones Juſtinianeas illuſtratur, ac intricatiſſimæ Juris materiæ nondum ventilatæ, omnibus Legum Romanarum Candidatis utiliſſimæ, dilucidè enodantur.

EDITIO NOVISSIMA.

ATTENTO LECTORI.

UT manifeſtior evadat duplicis hujus Operis *conjunctim editi* neceſſitas ac utilitas, libuit hîc apponere *Tabellam* concordantem ac mutuam locorum *Commentarii* à *Quæſtionibus* illuſtratorum, & vice verſa, juxtà textualem utriuſque ſeriem. Hi ſunt ergo præcipui, quorum indicatio & collatio per ſe quoque fructuoſa.

Quæſtionum			*Commentarii*		
Lib. I.	Cap.	12.	Pag. 910.	Col.	1.
		25.	987.		1.
		31.	241.		1.
		33.	766.		2.
		35.	516.		2.
		50.	915.		1.
Lib. II.	Cap.	2.	762.		2.
		17.	327.		2.
		19.	342.		2.
		26.	480.		2.
		32.	288.		2.
		39.	970.		1.

Commentarii		*Quæſtionum*	
Pag. 241.	Col. 1.	Lib. I.	Cap. 31.
288.	2.	II.	32.
327.	2.	II.	17.
342.	2.	II.	19.
480.	2.	II.	26.
516.	2.	I.	35.
762.	2.	II.	2.
766.	2.	I.	33.
910.	1.	I.	12.
915.	2.	I.	50.
970.	1.	II.	39.
987.	1.	I.	25.

SYLLABUS CAPITUM
LIBRI PRIMI.

LIBER II.



ARNOLDI VINNII, J. C. SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM LIBER PRIMUS.

CAPUT PRIMUM.

An sine exceptione, quicquid contra legem fit, sit ipso jure nullum.

QUICQUID contra legem fit, id pro infecto haberi, & ipso jure nullum esse, jubent Impp. in *l. non dubium. 5. c. de legib.* Igitur verbi causa, si filiusfamilias sine consensu patris uxorem duxerit, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos intelligitur, §. *si adversus, 12. inst. de nupt.* Si in testamento faciendo ea, quæ ad juris solemnitatem pertinent, omissa fuerint, deficit jure testamentum, *l. 1. ff. de injust. rupt. testam. l. si unus. 12. c. de test.* Si pater filium, quem in potestate habet, præterierit, id est, neque hæredem instituerit, neque ut oportet, exhæredaverit, testamentum prorsus inutile est, & nullius momenti *inst. de exhær. lib. in pr. l. propen. ff. de lib. & posth.* Si tutores aut curatores prædia pupillorum aut adultorum sine decreto alienaverint, cassa est atque ipso jure nulla alienatio, *tit. de præd. min. sin. dec. non alien.* Sed & si quid factum est, non quidem adversùs expressam legis prohibitionem, verùm contra mentem ejus & sententiam, etiamsi lex id verbis non expresserit, placet nihilominus actum ipso jure esse invalidum & nullum, *d. l. non dubium pr. c. de legib. l. hoc modo 64. §. 1. ff. de cond. & dem.* ubi & exemplum. Aliud exemplum habemus in *l. si sponsus. §. circa. 5. ff. de donat. int. vir. & ux. l. si quis 38. ff. de contr. empt.* nempe si vir volens uxori donare, in fraudem legis venditionem commentus, viliori pretio rem uxori vendiderit. Quippe eo ipso, quod quid fieri lex prohibet, efficit, ut frustra & inutiliter fiat, quod prohibitum est: adeò ut nec opus hîc sit aliqua vel exceptione, vel rescissione aut restitutione. Nec ipse actus solùm legi contrarius ipso jure inutilis est, sed etiam quicquid tali actui accesserit, sive pactum, sive pignus, sive stipulatio, sive jusjurandum, *d. l. non dubium, in fin.* nam accessio sequitur conditionem causæ principalis. Cæterum quod de jurejurando ibi dicitur, id jure Canonico ex parte mutatum est, *cap. cum contingat. ext. de jurejur. &c. quamvis de pact. in 6.* ubi Pontifices non tantùm ipsum jusjurandum actui quantumvis inutili accedens servari volunt, sed etiam actum jure inutilem eo confirmari & validum fieri. Utique tamen non derogant in totum dispositioni. *d. l. non dubium.* Nam quoties ideo actus vel contractus prohibetur, quia natura turpis & bonis moribus contrarius est, vel propter utilitatem publicam, aut in odium creditorum, vel quia jusjurandum vergit in præjudicium alterius aut

servari non potest sine dispendio æternæ salutis, jure antiquo & civili locum relinquunt. Et ergo jure pontificio juramentum tollit defectum nullitatis & restitutionem in integrum, ut loquuntur Bartholus & Salicetus in *auth. Sacramenta puberum C. si advers. vendit.* ac probabile omnino est Imper. Fredericum in d. authent. secutum auctoritatem juris Canonici, quæ tunc magna erat: idem juramentis robur ex sua auctoritate addere voluisse, quod à Pontificibus acceperant, ut rectè meo judicio sentiant, qui ampliandæ *l. 1. C. eod. tit.* authenticam illam ab Irnerio subjectam putant: sed hæc non sunt hujus disquisitionis.

Quæritur autem an semper & sine exceptione verum sit, quod diximus pro infecto & nullo haberi, quod contra legem fit, sive contra quam lege cautum est? Et si quidem lex simpliciter aliquid fieri vetet, nec ullam nominatim adjiciat pœnam, rectè colligimus & statuimus ea, quæ contra legem fiunt, pro infectis haberi, & ipso jure esse nulla: tunc enim hanc esse pœnam legis, & hoc velle legem intelligimus, ut quod factum est, infectum sit, id est, cassum & irritum prorsus; veluti si filius sine consensu patris matrimonium contraxerit, si vir uxori, aut uxor viro aliquid donaverit, si pater filium, quem in potestate habet, præterierit, aut sub conditione, quæ non sit in ejus potestate, hæredem instituerit, si quis in fraudem creditorum manumiserit, si minor natu majorem adoptaverit, &c. Sed & si lex ulterius procedat & pœnam adjiciat, idem adhuc dicendum est, modo pœna adjiciatur annullationi actus, ut loquuntur: nam & tunc nullum est ipso jure, quod factum est; & præterea pœna adjecta annullationi præstanda est: exempla habemus in *l. 4. l. 6. cum auth. seq. C. de incest. nupt. l. un. C. si quacumque præd. pot. l. pen. C. de inter matr. int. pup. l. eum qui 18. ad leg. Jul. de adult. l. ult. ff. de rit. nupt.* cum simil. quibus locis incestæ & prohibitæ nuptiæ non solùm cassæ & irritæ esse jubentur, verùm etiam qui tales nuptias contrahunt, variis pœnis pro varietate delicti afficiuntur. At enim verò cum lex aliquid fieri vetat, & pœnam si contra factum erit, nominatim constituit, non actum annullando, sed ita ut quod factum est, valere aliquo modo & subsistere patiatur, cæterum remedium suppeditet, quo id postea rescindatur aut aliàs infirmetur, pœnave aliqua facienti irrogetur, quod factum est, ipso jure subsistet, ut lex vult, sed rescindi aut irritum reddi poterit, eritque ea pœna quam lex constituit. Exemplo sint Senatusconsulta Macedonianum & Velleianum; quorum illud vetat filiofam. mutuam pecuniam dari; hoc comprehensum est, ne fœminæ pro ullo intercedant; & tamen si aut filiofam. mutua pecunia data sit, aut fœmina pro alio intercesserit, actus iste non est ipso jure nullus, quoniam neutro Senatusconsulto planè annullatur, sed aut actio contra filiumfam. mulieremve denegatur, si constet contra Senatusconsulta factum esse, aut si de eo ambigatur, contra actionem datur exceptio, *tit. ff. & C. de Senatusc. Maced. & ad Senatusc. Valleia. junct. l. nam posteaquam 9. pr. ff. de jurejur.* Prætor liberos emancipatos, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet: & tamen si neque hæredes instituti, neque exhæredati fuerint, non ideo testamentum patris jure prætorio nullum est, quia Prætor id patitur subsistere, & tantum remedium suppeditat, quo id rescindatur, data scilicet præteritis bonorum possessione contra tabulas testamenti paterni *§. emancipatos inst. de exhær. lib. t. 1. & tot. tit. ff. de bon. poss. cont. tab.* Mulier, quæ intra tempus, quo virum elugere moris est, nubit contra legem facit, *l. 1. ff. de his qui not. infam.* non ideo tamen matrimonium ipso jure nullum est: imò nec rescinditur, sed infamis fit mulier, & alias quoque pœnas patitur, *l. 1. C. de secund. nupt.* Atque hinc pendet decisio nobilissimæ quæstionis de exhæredatione liberorum facta aut sine justa causa, aut nulla ingratitudinis causa expressa, utrum ob id testamentum patris sit ipso jure nullum ex constitutione Justiniani *Nov. 115. c. 3.* an hoc non obstante testamentum nihilominus ipso jure subsistat, atque ad id rescindendum etiamnum querela inofficiosi sit opus? De quo agemus ex professo: *lib. 2. quæst. 21.* Illud obiter hic monendum, non totum actum, in quo quid contra legem aut in fraudem legis factum est, rescindi aut ipso jure nullum esse; nisi & in totum contra legem factum sit, aliàs non nisi quatenus in legem peccatum, verbi gratia, si quis majores, quàm licet, usuras stipulatus fuerit, non idcirco in totum inutilis erit stipulatio, sed duntaxat quatenus legitimum modum excedit; *l. placuit 29. ff. de usur.* Non in totum irrita est donatio, quæ summam lege definitam excedens actis insinuata non est, sed tantummodo eatenus, quatenus superat definitionem legis; *l. sancimus, 24. C. de donat.* Sic emissione cautionis fructuariæ facta à testatore non vitiatur legatum ipsum ususfructus, ut perperam existimavit Hunnius *2. resol. tr. 2. q. 26.* sed remissio pro non scripta habetur: quoniam non in legando usufructu, sed tantum in remittenda cautione contra legem fecit testator, *l. 6. ff. in poss. leg. 1. C. de usufruct.*

CAPUT II.

Leges interpretari sitne solius Principis, an verò & quo casu etiam privatorum?

SIcut solius Principis est leges condere, ita & ejus solius est leges interpretari: quæ sententia multis locis expressa est. *l.* 1. *l. leges* 9. *l. ult. C. de legib.* & ea initium sumit Novella Justiniani *de mul. rapt. pass.* 143. Quis enim, ut idem Imperator ait *d. l. ultim. c. de legib.* legum ænigmata solvere & omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est? Nulline igitur leges interpretandi jus est, solo Principe excepto? Nulli sanè tale, quale Princeps habet, ut scilicet interpretatione sua mentem legis latæ egrediatur, aut prætextu æquitatis à mente legislatoris recedat; quoniam id non est servare legem interpretando, sed mutare, quod nemini licet, nisi principi. Et hoc est, quod Constantinus rescribit *l.* 1. *c. eod.* inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis & oportet & licet inspicere, & Valentianus *l. 9. c. eod.* duritiam legum oportere Imperatoria interpretatione emendari. Quibus convenit illud Harmenopuli *l.* 1. *tit.* 2. §. 33. ὅταν ἕτερόν τι τὸ νόμιμον βούλεται ἕτερον δὲ τὸ δικαιὸν, μόνος ὁ βασιλεὺς τὴν περὶ τούτου τέμνει ζήτησιν. Id est: Cum aliud jus ipsum, aliud æquitas postulat, controversiam hanc solus Princeps dirimit. Ac proinde si ex verbis legis tam aperta sit legislatoris voluntas, ut de ea dubitari non possit, servanda lex est, quamvis dura & aspera videatur: nam credendum est, legislatorem certa ratione ductum, ita constituisse, licet nos rationem, quæ eum moverit expedire non possimus, *l. non omnium* 20. *ff. de legib. l. 9. ff. de religios.* Scilicet hoc inter homines lex affert, ut habeamus, quid in judicando sequamur, quamvis fortè, id quod sequimur, altero, quod non sequimur, non sit melius & æquius. In rebus enim & negotiis aliquid certi definiendum est, neque de legibus, quarum certa est sententia, disputari oportet: cum alioqui multa eaque certissima possent subverti, *l. & ideo* 21. *ff. de legib.* rueretque legum auctoritas, si in rationem earum nimis anxiè inquirere liceret, ut disputat Plato *lib.* 1. *de legib.* Unde Augustinus *lib. de vera relig. cap.* 31. In istis, inquit, temporalibus legibus, quanquam de his homines judicent, cum eas instituunt, tamen cùm fuerint institutæ & firmatæ, non licebit Judici de ipsis judicare, sed secundùm ipsas, *cap.* 3. *dist.* 4. Exemplum habemus in *l. prospexit.* 12. *ff. qui & à quib. man.* Lege Julia de adulteriis coërcendis cavetur ne servi adulteræ, & nominatim ne ii quidem, qui extra ministerium ejus fuerunt, vel in agro vel in provincia manumittantur, & sic quæstioni subducantur. Hoc licet nobis, quos sæpe ratio legis latet, *l. non omnium* 20. *ff. de legib.* durum videatur, tamen cùm id benigna interpretatione emendari nequeat salva voluntate legislatoris, juxta *l. benignius.* 18. *ff. eod. tit.* neque in iis quæ lex disponit, debeat Judex ipsa lege esse clementior, *Novell.* 82. *c.* 10. Princeps hic consulendus erit, & nobis cum Ulpiano respondendum: hoc perquamdurum est, sed lex ita scripta est, neque enim ubi aperta sunt, atque inter se conveniunt verba legis & sententia voluntatis quæstio admittenda est, sed legi parendum, & voluntas condentis nobis pro lege esse debet, *dd. ll.* Nepos post mortem avi conceptus neque jure civili ad legitimam avi hæreditatem vocatur, ut suus hæres, neque jure prætorio ad bonorum possessionem tanquam cognatus, *l. 6. cum* 2. *seqq. ff. de suis & leg. l. 6. pr. ff. de injust. rupt. test. l.* 1. §. 8. *ff. unde cog.* §. *& licet.* 8. *Inst. de hær. quæ ab int.* Fatendum quidem est durum esse, & alienum ab æquitate, hunc nepotem excludi à successione avi, à quo utique non minus descendit, & cujus sanguis non minus est, quàm qui vivo eo nati aut concepti sunt; sed tamen Judicis partes hic quiescere debent: quippe cui quidem licet à verbis legis recedere, sed ita, ut ab ejus voluntate semper stet, *d. l.* 18. *de legib.* & secundùm eam sententiam ferat, *Inst. de offic. jud. in pr.* Quinimo nulla est ipso jure & ἄνομος sententia, quæ expressim contra juris rigorem lata est, *l. si expressim.* 19. *ff. de appel.* An autem, ut quidam putant, à Justiniano hujus juris sive subtilitas sive asperitas sublata sit, *Nov.* 118. *c.* 1. ad voluntatis quæstionem pertinet, de quo postea. Si quis in rem alienam impensas fecerit, earum servandarum causa unum tantùm remedium jure nostro civili proditum est, scilicet retentio rei opposita doli mali exceptione, si res à Domino vindicetur, *l. sin autem* 27. §. *ult. l. sumptus.* 48. *ff. de rei vind. l. si quis* 11. *l. si in area* 16. *eod.* Quid si omissa hac exceptione possessor rem instituerit, constanter traditum est, nullum ei impensarum nomine actionem competere, *l. si in area* 33. *ff. de cond. indeb. l. Paulus* 14. *ff. de except. doli mal. l.* 14. §. 1. *ff. comm. div.* Hoc autem licet duriusculum videatur in persona bonæ fidei possessoris, non ideo tamen licebit Judici

contra manifestam juris sententiam aliud remedium excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, atque ita æquitatis specie vim auctoritatemque legum eludere. Principis igitur hæc partes erunt, non Judicis, quanquam nonnulli existimant, non esse alienum à ratione juris nostri, ut non possidenti pro consequendis impensis detur actio utilis negotiorum gestorum, sed argumentis parum validis, quæ nunc non excutio. Atque hæc una ferè fuit omnium edictorum causa & totius juris prætorii occasio, quod scilicet ejusmodi interpretatio aut potius juris civilis correctio à Judicibus fieri non poterat: Quam enim multa contra manifestam rationem juris civilis à prætore introducta sunt, in quibus antea nihil sibi sumere quisquam privatus vel Judex, vel Jurisconsultus potuit? Sed & in quæstione voluntatis interdum Principis desideratur interpretatio, si videlicet verba legis adeò sint obscura & perplexa, ut dubitetur, num factum de quo agitur, legis mente comprehendatur, seu an lex ad hypothesim pertineat, nec ne? Nam & hic adeundus Princeps, qui legem interpretetur, mentem legis omnibus aperiat, aut nova lege, si opus est, voluntatem suam declaret, *l. 9. & l. ult. C. de leg. l. & ideo.* 11, *ff. l. 1. cod. eodem l. 1. in fin. cum l. seq. in fin. l. seq. ff. de reb. eor. qui sub tut.*

Sumamus exemplum, ut quod obiter modo attigi, nunc explicem, ex *Nov.* 118. *c.* 1. ubi Justinianus descendentes seu liberos omnes ante omnes alios vocat ad successionem parentum intestato mortuorum sine ulla gradus prærogativa, id est sive primi sint, sive inferiorum graduum. Ex hoc autem quidam colligunt jus vetus, quo nepos post mortem avi conceptus à successione ejus tam honoraria, quàm legitima excluditur, à Justiniano illic sublatum esse. Sed ista collectio valde infirma est: Nam & veteri jure in suis hæredibus non servabatur gradus prærogativa, §. *cum filius. 6. instit. de hær. quæ ab int.* & nepotes ex filio emancipato nati ex edicto jungebantur patri suo, *l. 1. §. si quis ff. unde lib. & tot. tit. de conjung. cum emanc. lib.* Ponendi enim ut olim ita & nunc termini habiles. Itaque cum in Novella ista Justiniani, tollentis tantùm discrimina sexûs & potestatis, nihil inveniatur, quod ad hujus articuli emendationem trahi possit, quod mutatum non est, adhuc vigere debet. At rursus ex diverso illud quoque fatendum est proposito Justiniani, omnia in hac successione ad simplicitatem naturæ revocare volentis, admodum consentaneum esse, quod etiam in hoc casu jus vetus emendare voluerit. Sed quia id non fecit, & ex hujusmodi conjecturis correctio juris induci non debet, in hac perplexitate, si fortè talis casus inciderit, eum non à Judice, sed à Principe decidi oportebit, ne juris auctoritas ponatur in potestate judicantis, contra *l. ord.* 15. *in fin. pr. ff. ad municip.* & ita *Diod. Tulden. in comment. ad Cod. de suis & leg. hær. c. 4. arg. l. 2. ff. de reb. eor. qui sub. tut.*

Quod si verba legis non sint usque adeò clara, ut excludant omnem interpretationem ex bono & æquo: neque usque adeo obscura, quin mens legislatoris ex antecedentibus aut consequentibus elici possit, hic dabitur locus interpretationi etiam privatorum, sive Jurisconsultorum aut Judicum, qui verba legis ad sententiam interpretando accommodent, *l. 12. & seq. ff. de legib.* atque huc respicit extrema clausula. *l. ult. C. eod. tit.* Duplex autem est ejusmodi interpretatio, quarum altera extensiva vulgò nuncupatur, altera restrictiva. Extensivæ usus est cum sententia legis latior est legis verbis, id est, cum lex minus scripsit, plus voluit: restrictivæ, cum sententia est angustior, id est, cum lex plus scripsit, minus voluit: illa utimur cum verba legis ex sententia extendimus & ad similia producimus: hac cum verba ex mente legis restringimus. Exempla extensivæ interpretationis peti possunt ex *l. illud.* 32. *ff. ad leg. Aquil. l. 4. ff. de fund. dot. l. 7. §. 2. ff. de jurisd. l. oratio. 16. ff. de spons.* cum similibus, planè in jure singulari extensivæ interpretationi locus non est, cujusmodi sunt jura minorum, miserabilium personarum, militum, studiosorum, fisci, Ecclesiarum, aliaque Privilegia personis, aut causis tributa. Nam quod contra rationem juris communis propter utilitatem aliquam certis in personis aut causis receptum aut constitutum est, id vetamur producere ad consequentias, neque in eo possumus sequi regulam juris. *l. quod vero 14. & seq. ff. de legib. l. 1. §. 2. ff. de const. princ.* Restrictivæ interpretationis exempla suppeditant. *l. quod dictum. 31. ff. de pact. l. 2. §. 3. ff. ad senat. Vell. l. 6. C. de leg. l. 6. §. 2. ff. de jur. patron. l. illud 40. pr. ff. de hær. petit. l. 11. ff. de in jus voc.* &c. sic quod generaliter cautum est *Nov.* 115. *c.* 3. Judex interpretatione sua restringere potest & debet ex *l. sicut. 9. & l. seq. C. de test. milit.* quæ licet sint anteriores ut videri possint per *d. Nov.* 115. utpote posteriorem, sublatæ *arg. l. ult. ff. de constit. princ.* tamen quia sunt speciales, Novella ista potius ex his explicanda, limitanda & restringenda est juxta regulam juris, *l. in toto 80. ff. de reg. jur. sac. l. non est novum 20. cum seqq. ff. de legib.* Debent autem tam Judices quàm Jurisconsulti in interpretatione sibi permissa, sequi non rigorem juris civilis, non jus summum, quod summa sæpe injuria est, sed quod benignius, quod

æquius est & melius, exemplo Servi Sulpitii qui hoc encomio laudatur à Cicerone, *Philip. 9.* quod non magis jurisconsultus, quàm justitiæ fuit, propterea quod ea,quæ proficiscebantur à legibus & jure civili, semper ad æquitatem facilitatemque referebat, & Caii illius Aquilii, quem juris civilis rationem nunquam ab æquitate sejunxisse memorat idem Cicero in *orat. pro Cæcinna;* eoque pertinent. *l. placuit. C. de judic. l. benignius* 18. *ff. h.t. l. in omnibus* 90. *ff. de reg. jur.* Idem, præclaræ illæ Celsi sententiæ dicentis,scire leges non hoc esse verba earum tenere, sed vim ac potestatem, *l. scire* 17. *ff. de leg.* jus esse artem æqui & boni, *l. 1. pr. ff. de just. & jur.* Ex his credo jam dignosci poterit, quæ sint in legibus exponendis principum, quæ judicum partes.

CAPUT III.

Utrum dare Bonorum possessionem, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio, jurisdictioni adscribenda?

Duplicis in argumento de jurisdictione fit imperii mentio, meri & non meri sive mixti. Merum imperium definitore Ulpiano, est potestas gladii, ad animadvertendum in facinorosos. *l. 3. ff. de jurisd.* cui descriptioni si addideris, *vel cujusvis alterius gravioris coërcitionis*, ex *l. 6. pr. ff. de offic. proc. l. nemo potest* 90. *de reg. jur.* plena erit & perfecta definitio. Quippe nihil aliud est merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, sive capite plectendi sint, sive tollendi è numero civium servitute pœnæ, deportatione, sive relegandi fustigandive. Hoc imperium dicitur merum, quia purum & per se solum est, alterius rei mixturam non habens, sicut dicimus merum jus gentium quod non est mixtum cum præceptis civilibus, *l. bona fides* 31. *ff. de pos.* meram donationem, id est, puram & simplicem, *l. Aquilius* 27. *ff. de donat.* merum vinum, quod aqua non est dilutum, & similia. Est autem hoc nomen huic imperio inditum quia est & aliud imperii genus; quod nostri non merum aut mixtum vocant; propterea quod Jurisdictioni cohæret, subservit, inest, consistens in modica coërcitione; id est, executione decretorum & pronuntiatorum in causis civilibus; cum merum illud à jurisdictione sit separatum, & circa criminum animadversionem versetur. *l. 1. in fin. l. ult.* §. 1. *ff. de off. ejus, &c. l. 3. ff. de Jurisd.* Igitur mixtum Imperium est potestas cohærens jurisdictioni comparata ad eam tuendam atque explicandam. Cur mixtum vocetur, ex iis, quæ modo dicta sunt, intelligi potest, nimirum quia conjunctum & unitum est cum jurisdictione, ejusque inseparabile adjunctum: siquidem hæc duo, jurisdictio & mixtum imperium, ratione personæ, cui competunt indissolubili vinculo inter se copulata & nexa sunt, ita ut alterum ab altero develli non possit: nam sicut magistratus esse non potest sine jurisdictione, ita nec sine imperio aliquo, quo jurisdictionem suam tueatur, ratumque efficiat, quod statuit aut decrevit *d. l. ult.* §. 1. Cæterum etsi imperium hoc ita, ut diximus, conjunctum atque unitum est, cum jurisdictione, ut ab ea sejungi non possit, nihilominus tamen ut nominibus distincta sunt, ita & reipsa sunt diversa, actusque jurisdictionis & imperii distincti, ut neque quod jurisdictionis est, imperio: neque quod imperii, jurisdictioni attribui debeat. Diversa hæc esse patet, cum ex eo, quod mandata jurisdictione etiam hoc imperium simul transire dicitur, tanquam consequens jurisdictionis eique perpetuò cohærens, *d. l. 1. in fin. & d. l. ult.* §. 1. *de offic. ejus, &c.* tum quod definitur modica coërcitio, qua magistratus jurisdictionem suam tuetur, & quæ decrevit, exequitur *d. l. ult.* §. 1. Jam verò quod simul cum jurisdictione transit, quod jurisdictionis tuendæ gratia comparatum est, id utique non est idem cum jurisdictione, sed aliquid ab ea diversum. Actuum quoque diversitas conspicua est, & facile dignosci potest. Nam causam cognoscere, sententiam dicere, decernere, statuere, jurisdictionis sunt, non imperii: sententiam, decreta, statuta, jussa exequi manu militari captis pignoribus, aut multa exacta, imperii non jurisdictionis. Et utique cum imperium, quod omnes fatentur, consistat in executione: necesse est, ut actus aliquis jurisdictionis præcedat, quem sequatur actus imperii, si ei, quod vi jurisdictionis statutum aut decretum est, non pareatur. Ac proinde qui decreta & jussa magistratuum imperii esse statuunt, veluti jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere apertè sibi contradicunt, dum aiunt, imperium esse coërcitionem, cohærentem jurisdictioni, ut nervos habeat, illudque positum esse in executione; ut Coras. 3. *misc.* 17. Duar. *de jurisd. c.* 7. Donel. 17. *com.* 6. Vaud. 2. *quæst.* 25. Fachin. 2. *cont.* 95. Scipio Gentil. 1. *de jurisd. c.* 3.

Accedamus jam ad disquisitionem problematis nostri, & videamus, utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio adscribenda sint, an jurisdictioni? Imperio attribui non possunt, Nam ut de bonorum posses-

sione primum dicam, nullus in ea danda præcedit actus jurisdictionis, quem Prætor eam dando defendat, neminem coërcet, neminem mulctat. Quod si dicat aliquis, præcedere saltem cognitionem aliquam, is cogitet, nullam esse sententiam, quam non præcedat causæ cognitio. Quis autem in numero eorum, quæ mixti imperii sunt, posuit unquam sententiam dicere, eum unde petitur, absolvere aut condemnare? Jus dicendæ sententiæ etiam pedanei judices habent, quorum tamen nec propriè jurisdictio est, sed nuda duntaxat notio, id est, cognoscendi & judicandi facultas sine exequendi potestate, *l. 5. l. à div. 15. ff. de re jud* Relinquitur ergo ut dicamus bonorum possessionem dare, actum esse jurisdictionis, non mixti imperii. Atque hoc ipsum ex eo quoque manifestè evincitur quod jus omne, quod in danda bonorum possessione consistit, introductum est juris veteris, tum emendandi tum confirmandi gratia, teste Justiniano in *pr. inst. de bon. poss.* correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo propriè dicto, sed à jurisdictione Prætoris veniunt: unde scilicet omnia edicta proficiscuntur; quod & nominatim de bonorum possessionibus testatur idem Imperator in *pr. §. 2. Inst. d. tit.* Quapropter sic omnino habendum est, cum Prætor alicui bonorum possessionem dat, aut si opus est, causa cognita pro tribunali decernit, *l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss.* hunc actum non esse mixti imperii, sed intra terminos consistere jurisdictionis. At enim vero si ex solo decreto bonorum possessio obtineri nequeat, hic jam Prætor utetur imperio, vique adhibita quod decrevit, exequetur & coërcebit obnitentes. Fac. *l. 3. in pr. ff. ne vis fiat ei, qui in poss.*

Sed huic sententiæ objicitur locus. Ulpiani in *l. 3. ff. de jurisd.* ubi discertè jurisconsultus ait mixti imperii esse dare bonorum possessionem, sic enim hic locus vulgo, atque in ipso quoque codice Pisano legitur: *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistat Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Non auderem asserere locum istum corruptum esse, nisi me moveret summorum virorum auctoritas & præcipue manifesti juris ratio. Quid igitur? Non dubito, quin lectio istius loci sit vitiosa, & vel cum Antonio Goveano ad hanc leg. *n.* 34. legendum: *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest. Quod in danda bonorum possessione consistit, jurisdictio est. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Nullum enim in veteribus libris frequentius mendum est, quam iterati verbi omissio. Vel cum Ant. Fabro *lib. 4. conject.* 4. pro *quod* substituendum *quæ*, hoc modo, *cui etiam jurisdictio inest, quæ in danda bonorum possessione consistit.* Nam ex utriusque syllabæ similitudine facile error nasci potuit, & quod caput est, verba sequentia, *jurisdictio est etiam*, &c. evidenter ostendunt, prius à jure consulto prolatum esse exemplum jurisdictionis. Hotomannus *lib. 7. obs. 16.* etiam pro his verbis cui jurisdictio inest, mavult legi, quod jurisdictioni inest, non equidem absque ratione: nam propriè jurisdictio non inest, non accedit, non subservit imperio, sed hoc illi, *l. 1. in fin. l. ultim. §. 1. de offic. ejus.* cæterum non semper & ubique æque accurate ipsi veteres loquuntur.

Sed quid jubere cavere prætoria stipulatione & in possessionem mittere? Ne hæc quidem mixto imperio adscribi posse superioribus consequens est. Etenim cum Prætor cavere jubet, verbi causa, damni infecti nomine, & si non caveatur, decernit missionem in possessionem rei, de qua damnum timetur, id vi jurisdictionis suæ facit, non imperii, haud secus ac si judex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam restitui aut exhiberi, & si jussui ejus non pareatur, contumacem contemnet quanti adversarius in litem juraverit. Quid quod aperte apud Pomponium scriptum est, stipulationes prætorias omnes & ædilitias à jurisdictione venire *l. 5. pr. ff. de verb. oblig.* Enim vero si ex decreto missus non admittatur, si vis ei fiat, hic jam succedunt partes imperii, quod mixtum adpellatur, cujus vi decretum suum Prætor manu ministrorum exequitur *l. 3. ff. ne vis fiat ei qui in possess.*

Movere neminem debet, quod apud Ulpianum *l. 5. ff. de jurisd.* & Paulum *l. ea quæ 26. ff. ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere imperii magis esse quam jurisdictionis. Nam verbo imperii istis locis non significatur imperium mixtum, de quo hic agimus, alioqui dicere debuissent jurisconsulti, ista non esse jurisdictionis, sed imperii mixti: cum verò dicant ista magis esse imperii, quam jurisdictionis, utique fatentur esse jurisdictionis, sed hoc significant esse, hæc jurisdictionis cujusdam eminentioris, atque ut Goveanus loquitur, magis imperiosæ, quam juridicæ: in qua scilicet majorum magistratuum, hoc est eorum, qui tribunali præsunt, potestas resplendeat: minores enim magistratus, quales erant magistratus omnes municipales, ea quæ excellentiores hujus jurisdictionis sunt exercere non posse, *d. l. 26 pr. ad municip.* unde alibi eodem intuitu hi magistratus dicuntur esse sine imperio, *l. nec magistratus 32. in fin. ff. de injur.* cum tamen mixtum imperium conjunctum cum jurisdictione sua habeant. *arg. l. ult. ff. de off. ejus l. 2. ff. de jurisd.* & ut qui jurisdictionem

modum 29. §. *pen. ff. ad l. Aquil. l.* 3. §. 1. *ff. de reb. eor. qui sub tut.* numeratur inter ea, quæ imperii magis, quam jurisdictionis sunt; & quæ ob id magistratus inferiores facere non possunt, etiam restitutio in integrum, *d. l.* 26. §. 1. *ff. ad munic.* At nec integrum restituere mixti imperii actus est: sed species splendidioris illius, quam dixi, jurisdictionis, quæ enim hic coërcitio, aut quis dixerit, restitutionem in integrum cohærere, inesse, servire jurisdictioni, ejusque explicandæ causa comparatam esse? Ejusdem generis est & cognitio de suspectis tutoribus, *l.* 5. §. *suspecti* 11. *ad senat. Turpil.* ubi jurisconsultus ait, suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse, nullumque alium, quam præsidem, de hujusmodi quæstione posse pronunciare. An quia hoc mixti est imperii? minime: nam & magistratus municipales mixtum imperium habent, ut paulo ante ostensum: sed quia est excelsæ cujusdam & nobilissimæ jurisdictionis, quam soli habent magistratus majores, & quam imperii nomine passim veteres designant, *l.* 8. *& l. ult. ff. de offic. proc. l.* 3. *ff. de of. ejus, &c. l.* 2. *ff. de adopt. l.* 12. §. 1. *ff. de jud. l. juris gentium.* 7. §. *si paciscar.* 14. *ff. de pact. l. quod jussit* 14. *ff. de re jud.* quibus omnibus locis nomen imperii eminenti huic jurisdictioni tribuitur, eoque nomine significatur excellens quædam potestas majorum magistratuum, sed talis tamen quæ posita sit in jure dicundo, & intra terminos jurisdictionis consistat.

Quidam cum hinc se expedire alia ratione non possent, duo genera mixti imperii commenti sunt, unum quod subserviat & cohæreat jurisdictioni comparatum jurisdictionis contentiosæ defendendæ & exequendæ gratia: alterum, cui insit, & tanquam principali accedat atque ancilletur jurisdictio: hujus generis esse putant ea, quæ magis imperii quam jurisdictionis esse dicuntur: ideo nempe, quia ut aiunt, sicut in priore specie jurisdictio, ita in posteriore magis eminet imperium: ita *Baro in l. ult. ff. de offic. ejus. Muscorn. de jurisd. n.*143. *Bocer. c.* 4. *n.* 18. *Obrecth. cap.* 12. *n.* 25. *Osvv. Hillig ad Don. lib.* 17. *comm.* 8. Sed toto eos errare judicio, ea quæ supra diximus manifeste ostendunt. Nullum enim est imperium mixtum, ac ne excogitari quidem cum aliquo colore potest, quod per se subsistat, cui accedat & famuletur jurisdictio; sed omne accedit & servit jurisdictioni, cum omne positum sit in aliqua coërcitione comparata ad juridictionem tuendam atque expediendam. Ita post Longovallium *Goveanus & Ant. Faber ubi sup. & ad d. l.* 1. *in rational. Bachov. ad tit. ff. de jurisd. de mixti imp.* atque hæc quoque sententia, ut est simplicissima, ita & verissima nobis videtur, & dudum visa est, *tract. de jurisd. c.* 7.

CAPUT IV.

An prorogatio jurisdictionis de loco ad locum & tempore ad tempus ex ratione juris nostri defendi queat?

CErti atque explorati juris est, non solum eum, qui jurisdictionem habet, eam posse mandare alteri, dummodo etiam habeat suo jure non alieno beneficio *l.* 3. *ff. de jurisd.* id est, modo propriam habeat, non mandatam ab alio verum etiam jurisdictionem, quam quis vel proprio jure, vel mandatam habet, consensu partium posse ei ipsi prorogari: ut jam vi hujus prorogationis jus dicere possit inter eos, qui jure publico jurisdictioni ejus non sunt subjecti, aut de summa ordinaria ejus cognitione majore. Et hoc est, quod Ulpianus ait, *l.* 1. *ff. de judic. Si se subjiciant alicui jurisd. & consentiant, in consentientes cujusvis judicii, qui tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio*; & hic fac. *l. est receptum* 14. *l. si convenerit*, 13. *ff. de jurisd. l.* 2. *pr. &* §. 1. *l. de qua re* 74. §. 1. *ff. de judic.* Doctores nostri fere quadruplicem faciunt jurisdictionis prorogandæ modum: de persona ad personam; de re ad rem, seu quantitate ad quantitatem, de loco ad locum, de tempore ad tempus. Ex quibus modis duo priores certo jure nituntur. *l. est receptum* 14. *& l. seq. l. si convenerit* 18. *ff. de jurisd. l.* 1. *l.* 2. *ff. de judic. l.* 1. *l.* 3. *C. de jurisd. l. de qua re* 74. §. 1. *ff. de judic. l. inter convenientes* 28. *ff. ad municipal.* Sed de tertio & quarto prorogandi jurisdictionem modo, scilicet de loco ad locum, & de tempore ad tempus, non sine causa quidam dubitant an jure nostro recepti sunt. Quod attinet ad alium, de loco ad locum quæstio in eo posita, an ita de loco ad locum, jurisdictio prorogari possit, ut virtute hujus prorogationis etiam extra territorium juris dicundi potestas acquiratur ei, cujus jurisdictio sic prorogata est, verbi causa; an Judex Mutinensis, quo exemplo vulgo utuntur, vi prorogatæ sibi jurisdictionis eam Bononiæ exercere queat? Affirmat quidem id Zas. in *l. pen. ff. de just. & jur. n.* 23. *n. DD. comm. in l. ult. ff. de jurisd.* qui & porro quærunt, an hic præcise requiratur expressus consensus partium & an etiam necessarius sit consensus judicis illius loci seu expressus, seu saltem tacitus? Sed si evincimus talem de loco ad locum jurisdictionis prorogationem veteribus incognitam, & rationi suam captis pignoribus tueri possint. *l. quemad-*

juris nostri minimè consentaneum esse, omnis de ea re disputatio supervacua futura est. Alienam esse à ratione juris Romani primus ostendere tentavit Bartolus in *l. 2. ff. de judic. in pr. n.* 7. Idem post eum fecit & Baldus in *d. l. 2. n.* 7. & post hunc *Salic. in l.* 1. *C. de jurisd. n.* 5. Nos etiam invictis argumentis id verum esse luculenter demonstrabimus.

Primum illud extra omnem controversiam positum est, magistratus omnes in suo duntaxat territorio juris dicundi potestatem habere, extra locum territorii sui privatos esse, eorumque jure censeri *l.* 3. *ff. de off. præs. l. ult. ff. de jurisd.* At privatos seu ei, qui nulli judicio præest, tribui jurisdictio consensu litigantium non potest *l.* 1. *ff. de judic. l.* 3. *c. de jurisd.* Alexander in *d. l. ult.* subtilem agit, dum ait judicem habere jurisdicnem in habitu, eamque circumferre, ubicumque locorum sit. Mihi vero valde insubtilis & inepta videtur illa Alexandri jurisdictionis cum habitu comparatio: cum habitus sit qualitas & vis animi longo usu & crebris actionibus parta è subjecto ægrè mobilis; jurisdictio autem jus quoddam & potestas in subjectos cives publicè tributa certos terminos ac limites suos habens, tum ratione durationis, tum ratione loci. Itaque jurisdictio est objectum seu materia, circa quam magistratus versatur & occupatur, sed in suo duntaxat territorio: magistratus adjunctum occupatum jurisdictionis, sed ita limitatæ, sicut Imperator est adjunctum occupatum totius imperii, quatenus scilicet circa imperii administrationem versatur. Atqui, inquies, certum est posse magistratum etiam extra territorium suum exercere actus jurisdictionis voluntariæ; possunt enim & manumissiones & adoptiones & emancipationes fieri apud proconsulem & præsidem statim atque urbem ingressi sunt, antequam ingressi sint provinciam suam *l.* 2. *ff. de off. proconf. l. apud.* 17. *ff. de manum. vind.* Respondemus ex eo, quod actus voluntariæ jurisdictionis extra territorium jus dicentis expediri possunt, male inferri posse in volentes & consentientes quoque extra fines suos extendi jurisdictionem contentiosam. Non enim ex voluntate aut prorogatione privatorum est, quod jurisdictio voluntaria ubique exerceri potest, sed ex natura ipsius jurisdictionis: quippe quæ exercetur in volentes & consentientes, nec aliter exerceri potest, quod si extra provinciam jus dicentis id fiat, τυχηρόν τι & fortuitum est. Ut ecce, si quis forte filium adoptaverit apud proconsulem nondum ingressum provinciam suam, is non potest dici prorogasse jurisdictionem proconsulis, non magis quam si apud provinciam jam ingressum adoptasset. Contentiosæ autem jurisdictionis eadem manet natura, nec ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnia, quæ ad voluntariam jurisdictionem pertinent, extra territorium explicari possunt, imo nulla ex iis, quæ causæ cognitionem & decretum magistratus desiderant, qualia sunt transactio de alimentis testamento relictis prædiorum minoris alienatio, adrogatio impuberis, &c. *l.* 8. *§ ult. igitur* 8. *ff. de transf. l.* 1. *ff. de reb. eor. qui sub tut.* §. 3. *instit. de adop. cum simil.* His accedit & illud, quod ubi semel ex consensu partium Jurisdictio prorogata est, ea etiam in invitos exerceatur: quod tamen in alieno territorio fieri non posse apud omnes in confesso est. Quod si ea vis esset jurisdictionis prorogatæ, ad eam ex prorogatione in alieno exercendam non opus esset consensu judicis territorii; utpote qui nec alteri jurisdictionem tribuere, nec eam sibi adimere potest. Non obstat *c. statutum*, §. *in nullo. de rescript. in* 6. nam illic sermo est de delegato Pontificis, quem tanquam delegatum Principis, constat ubique jus dicere posse, etiam extra civitatem seu diœcesin, in quibus deputatus est, modo expressus partium ad id accedat consensus, quod etiam eodem loco à Bonifacio octavo disertè requiritur.

Quinimò nec illud absolutè admittendum videtur, posse jurisdictionem judicis ita prorogari, ut quolibet in loco sui ipsius territorii jus dicat. Etenim quæ causæ cognitionem desiderant, & decretum magistratus, ea pro tribunali tractanda sunt, atque eo in loco ubi salva publica majestate, servatoque more majorum jus reddi potest & solet, *l. pen. ff. de just. & jur. l.* 4. *C. de dilat.* quæ res cum ad publicum decus spectet, pactis privatorum mutari non potest, *l. neque ex prætorio* 27. *ff. de reg. jur*, neque efficere, ut quod alibi judicatum aut decretum est, auctoritatem judicati habeat. *arg. l.* 4. *C. quomodo & quand. jud.* quo etiam pertinet, quod apud Ulpianum legimus, quæcumque causæ cognitionem desiderant, ea per libellum sive de plano expediri non posse, *l. nec quicquam.* 9. §. 1. *ff. de off. proconf.* Atque hoc ipsum etiam à Mario Salomonio contra Guliel. Cuman. Bart. & Baldum pridem observatum est in *l. pen. ff. de jud. & jure.* Aresto quoque Curiæ Parisiensis *anni* 1539, 2 *Septemb.* continetur ut & expensarum taxationes in auditorio & loco, ubi more majorum jus reddi solet, fiant, teste Costal. *ad d. l. pen.* Quod autem Prætor non constringitur uno in loco jus reddere, sed ipsi permittitur pro arbitrio suo locum constituere, ubi jus dicat *d. l. pen.* id non habet hanc sententiam posse Prætorem ubi vis etiam domi suæ aut in itinere quacumque de causa jus dicere, sed posse Prætorem unum

unum ex pluribus tribunalibus (nam in basilicis, ubi jus reddebatur, multa erant tribunalia) unum juris dicendi gratia eligere, id quod his verbis, ubicunque Prætor salva majestate imperii sui, salvoque more majorum jus dicere constituit, jurisconsultum significare omnino credibile est. Planè quæ circa causæ cognitionem expediuntur, item præparatoria judicii; interrogationes, &c. possunt quidem illa alio quoque loco à magistratu aut judice tractari, & vel domi sella posita vel in itinere, *l.* 4. §. 1. *ff. de interrog. injur. fac.* sed possunt etiam citra partium consensum, nimirum ubi Prætori visum fuerit. Quapropter, ut tandem concludamus, dicendum est, nullam ex ratione juris nostri esse de loco ad locum jurisdictionis prorogationem.

Videamus nunc, an illa de tempore ad tempus prorogandæ jurisdictionis species, quæ ex quatuor illis, quas vulgo Doctores ponunt, postrema est, juris nostri conditoribus cognita sit. Et quidem, qui jurisdictionem de loco ad locum recte prorogari statuunt, argumentum sumunt ab hoc de tempore ad tempus prorogandi modo, quasi extra omnem controversiam positum sit, posse jurisdictionem de tempore ad tempus prorogari *per l.* 2. §. 2. *ff. de judic.* Ego vero nec hanc speciem veteribus cognitam aut usurpatam intrepidè assero, eosque, qui contra sentiunt, frustra sententiæ suæ firmamentum quærere in *d. l.* 2. §. 2. *ff. de judic.* Nam textus ille ad nullam omnino jurisdictionis prorogandæ formam pertinet, sed tantum loquitur ibi Ulpianus de prorogando tempore, intra quod Judex datus, qui nudam duntaxat notionem, non jurisdictionem habet, *l.* 3. *ff. de re judic.* jussus est litem aliquam sibi commissam dirimere. Hoc tempus cum solo partium favore intelligatur adjectum, etiam earundem expresso consensu prorogari posse rationis est, utique si & ipse judex ad tempus à Prætore datus consentiat: utrumque enim in hac prorogatione temporis exigitur. *d. l.* 2. §. 2. ne videlicet Judex sine consensu suo à privatis gravetur onere judicandi. In prorogatione autem jurisdictionis non aliorum consensus, quem ipsorum litigatorum desideratur, ac ne ejus quidem, cujus prorogatur jurisdictio, nec denique Judicis ordinarii & competentis, utpote cui nihil adimitur, *d. l.* 2. §. 1. *ff. de judic. Vult.* 17. *l.* 1. *c. de jurisd. n.* 66. Illud autem longè dissimile est, quod Julianus scribit, *l. de qua re* 74. §. 1. *ff. de re judic.* judicem, qui usque ad certam summam judicare jussus est, etiam de re majori judicare posse, si inter litigatores conveniat; hoc enim neque ad prorogationem de loco ad locum, neque ad prorogationem de tempore ad tempus, quæ interpretum commenta sunt, pertinet, sed ad secundam prorogandæ Jurisdictionis formam, de re scilicet ad rem, quæ non minus, quam prima illa & notissima, de persona ad personam, certo jure recepta est, ut supra demonstravimus. Neque Juliano illic sermo est de simplici aut pedaneo judice, ut in *d. l.* 1. §. 2. *& passim ff. de judic.* cui scilicet in aliqua causa committi solebat, præscripta formula & reservata danti potestate exequendi. *l. à Divo* 15. *ff. de re jud.* sed de Judice publicè constituto non ad unam aliquam litem; sed generaliter ad omnes causas, quæ quandoque incidere possunt, terminandas usque ad certam summam, ac proinde de eo, qui jurisdictionem habeat, & magistratus sit; fac. *l. inter convenientes* 28. *ff. ad municip.* Illud probandum erat, posse magistratus annui jurisdictionem consensu litigantium ita prorogari, ut etiam finito magistratu, & adhuc post annum inter consentientes jus dicere possit, quod nunquam ostendent. Imo verò etsi ostenderent, nondum tamen hoc evincerent, posse ob id etiam de loco ad locum jurisdictionem prorogari. Licet enim interdum tempus & locus comparentur, *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred. l. si soluturus* 39. *ff. de solut.* neminem tamen credo tam esse infantem in arte differendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno statutum est, id continuo ad aliud quoque transferendum esse, cum sint plane diversa, & prorogatio temporis privatam litigantium utilitatem respiciat, loci publicum decus. Nec igitur prorogationis de tempore ad tempus ullus apud veteres usus fuisse videtur extra speciem *d. l.* 2. §. 2. *ff. de jud.* ubi non jurisdictio annui magistratus, sed nuda notio judicis ad tempus dati consensu partium & ipsius quoque judicis prorogata proponitur: *add. Ant. Fab. ad d. l.* 2. §. 2. *in rationál.* quo etiam loco non sine ratione clausulam illam *d.* §. 2. *nisi specialiter principali jussione prorogatio fuerit inhibita:* Triboniano adscribit. Quis enim alius ita loqueretur, *jussione prorogationem inhiberi*, aut *inhibitione juberi?* Adde, quod insolens est ad tempus à Principe Judicem dari, aut ad tempus à magistratu dati notionis inhibere prorogationem. Sed hæc ἐν παρόδῳ.

CAPUT V.

In Jus vocatio an sit pars judicii propriè dicti?

PRocessus judiciarii quatuor sunt partes, quarum ordinem & progressum natura ipsa ostendit in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta sententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, secerni potest; nec semper necessaria est, sed tunc solummodo, quando condemnatus sententiæ judicis ultro non paret. Prima igitur ordinis judiciarii pars est in jus vocatio: nam ab hac parte edicti omnium actionum instituendarum initium proficiscitur, §. *ult. Inst. de pœn. tem. litig.* hoc est, qui cum aliquo judicio contendere instituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, id est, ad eum vocare qui jus dicturus sit, juris experiundi gratia. *d. §. ult. junct. l. 1. ff. de in jus voc.* eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrum cedere malit, an judicio contendere, & si contendendum putet, ut veniat instructus, *l. 1. ff. de edend. auth. offeratur. C. de lit. contest.* Unde intelligimus hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso nihil cognosci, nihil statui posse: & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere; fac. *l. 4. C. de sent. & interloc.* & merito; quoniam sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem judicii necessario requiruntur: neque Judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est, *Clem. pastoralis, de re jud. Gail.* 1. *obs.* 48. Nonnulli & partem judicii esse contendunt: sed hoc alii & plures negant, quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis est contestata, *l. Amplius* 15. *ff. rat. rem. hab. l. un. C. de lit. contest. Gail. d. obs.* 28. *Wesemb. par. de jud. n.* 6. Dissidium haud difficile compositu. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima, aut pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud Judices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu judicii à lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet. Priore sensu non minus in jus vocatio propriè & verè pars judicii est: quam litis contestatio, causæ cognitio, &c. unde ea quoque quæ apud magistratum in jure fiunt, dicuntur in judicio fieri, passim. *tit. ff. de interrog. in jur. fac.* 2. §. 1. *ff. qui satisd. cog. l.* 1. §. *pen. & ult. ff. de admin. tut. l. ult. ff. si quis in jus voc.* Posteriore proprie judicii pars non est: sed tantum principium & præparatio judicii instituendi, neque enim propriè aut Judex aut judicium ullum esse intelligitur, antequam lis sit contestata, *d. l. un. C. de lit. contest.*

Sed hic nobis occurritur primum ex eo, quod in jus vocatio operetur præventionem, id est: si quis postea quam in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii Judicis, quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, *l. 7. ff. de judic. c. proposuisti ext. de form. compet.* Unde dicendum videtur in jus vocationem etiam judicii propriè dicti partem esse, & judicium cœptum intelligi, simulatque reus in jus vocatus est, *per l. ubi acceptum. ff. de judic.* Respondeo etiam si hic effectus est in jus vocationis, ut reus, licet postea alterius fori esse cœperit, litem apud eum, ad quem vocatus est, porrò contestari & causam in judicium deducere debeat, ex eo tamen non sequitur in jus vocationem partem esse judicii, aut judicium jam esse cœptum, voce judicii strictè sumpta. Nam judicio cœpto, ne actor quidem consilium mutare, & ad novum judicem reum vocare potest, ita cape. *d. l. ubi acceptum* 30. *l. si is* 34. *ff. de judic.* At in specie proposita, quidni liceat actori ante litem contestatam consilium mutare, reumque convenire in foro recens quæsito. *arg. l. si quis* 112. *ff. de verb. oblig.* Nam utique reo competere non potest exceptio præventionis, qui non prævenit, sed præventus est. Litis autem pendentiæ exceptio competit demum post litem contestatam: & tunc actor etiam invitus in judicio retineri potest, poteritque reus ipsi actori volenti causam ad forum recenter quæsitum trahere, exceptionem opponere litis pendentiæ. Adde quod judicii inchoati etiam hæc vis est, ut actorem mutuæ petitioni rei obnoxium reddat, quam mutuam petitionem pragmatici nunc reconventionem vocant, *l. qui non* 22. *ff. de judic l. cum Papinianus* 14. *cum auth. & consequenter, C. de sent. & interloc.*

Secundò objicitur, quod jure novissimo in actionibus realibus per solam citationem vel libelli oblationem principi factam & judici insinuatam; & per eum futuro reo cognitam res fit litigiosa. *auth. litigiosa & ibi DD. C. de litigios.* Ex quo non malè inferri videtur jure Novellarum judicium cœptum intelligi, saltem in actionibus in rem, statim atque reus in jus vocatus est. Et porrò cum jure Canonico hoc generale censeatur, ut scilicet tam in actionibus personalibus, quàm realibus per insinuationem citationis res

vitio litigiosi afficiatur. *Clem. 2. ut lit. pend. nihil innov.* ex eo utique hujus juris intuitu judicium à citatione inchoari rectè colligi putatur per *c. gratum, de offic. deleg.* Respondeo ne hæc quidem collectio firma est: neque enim ex eo, quod placuit rem per citationem fieri litigiosam, ut ea postea alienata vel pignorata emptori vel creditori obstet exceptio litigiosi, sequitur protinus judicium esse cœptum; non magis quam ex eo, quod citatio operatur præventionem, quod perpetuat jurisdictionem delegati, de quo in *d. c. gratum*, aut quod ex sola additione prætoris effectus prorogationis inducitur, *l. si convenerit* 18. *de jurisd.* Nam illa effecta judicii cœpti actionum, quæ aliàs tempore aut morte perituræ erant, judicio semel inclusarum perpetuatio, fructuum in strictis judiciis post acceptum judicium præstatio, exceptionum dilatoriarum exclusio, &c. non sunt effecta in jus vocationis, seu citationis, ut nunc passim loquuntur; sed manent adhuc propria litis contestationis, utpote per quam demum res in judicium deducitur, & cognitioni judicis subjicitur. *l. un. C. de lit. contest.*

CAPUT VI.

An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri prosit, aut noceat?

EXplorati juris est neminem sua pactione alteri nocere posse; ac ne ei quidem, cujus est in potestate, *l. si tibi* 17. §. *pen. l. si unus* 27. §. 4. *vers. ante omnia l. contra juris* 28. §. 2. *l. ult. ff. de pact.* in tantùm, ut ne quidem procurator omnium bonorum possit actionem domini gratis remittere, *d. l.* 28. §. 2. ex quo loco temperandi textus in *l.* 12. *& l.* 14. *ff. eod. per l.* 12. *C. de transact. l. pactum curatoris* 22. *C. de pact.* Sed nec pactione nostra alteri, cujus juri subjecti non sumus, aut cujus rebus administrandis non sumus præpositi, possumus prodesse, ut inde aut actio aut exceptio ei acquiratur, *l. si stipulatio* 38. §. *alteri* 17. *ff. de verb. oblig. l.* 11. *ff. de obl. & act. l. quo tutela.* 73. §. *ult. de reg. jur.* Hinc est, quod nec pactum fidejussoris prosit reo principali, *l. fidejussoris* 23. *ff. de pact.* quanquam si expresse convenit, ne à reo quoque petatur, hoc casu propter connexionem obligationum reo quoque dari exceptionem placuit, non pacti conventi, sed subsidiarium doli. *l. idem in duobus* 25. §. *ult. & l. seq. d. tit.* Quod vero ex contrario placet etiam pactum generale debitoris, sive in rem factum, fidejussori quoque prodesse, mirum videri non debet; quippe cum ut fidejussori prosit, ipsius quoque debitoris intersit, propter mandati judicium. Nam si nulla sit fidejussori mandati actio, verbi gratia, si donandi animo fidejussor intervenerit, pactum rei fidejussori ad exceptionem minime proderit, *l. & hæred.* 21. §. *ult. junct. l. quod dictum.* 2. *eod. tit.*

De pacto unius è duobus reis promittendi aut stipulandi quæsitum, an non id saltem alteri prosit aut noceat? Et si quidem unus ex correis debendi, qui & socii sint, pactus sit, ne à se petatur, quin in pactum cæteris quoque prosit, vix ambigitur propter regulam *d. l.* 21. §. *ult. l.* 23. *in fin. & tex. in l.* 25. *ff. d. t. l.* 62. *ff. ad leg. Falc.* Nam hic quoque paciscentis interest à socio promittendi reo non peti: quia si solvat, id alteri judicio societatis reputabitur. Obstat tamen *l.* 3. §. 3. *ff. de lib. legat.* ubi Julianum respondisse Ulpianus refert, si uni ex correis sociis liberatio legata sit, non pacto, sed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, alter inquietetur, quibus verbis non obscurè significare videtur pactum unius rei debendi alteri non prodesse, licet socii sint. Ego vero nego Julianum ideo requirere, ut in casu illic proposito liberatio non pacto, sed per acceptilationem fiat, quia pactum unius è reis promittendi sociis alteri non prodest, sed quia non prodest ipso jure, atque ita adhuc fieri posset, ut dum actio, quæ ipso jure sublata non est, adversus alterum ab hærede instituitur, is cui liberatio legata, oblique inquietetur. Hæc est ratio cur Jurisconsultus in dicta specie liberationem fieri voluit per eum modum: quo penitus & ipso jure obligatio perimitur, ut scilicet in omnem eventum legatario prospectum sit. Quid ergo si rei debendi non sint socii, an hic unius pactum alteri non proderit? Puto non prodesse: atque ut ita sentiam, multa me movent. Primùm quia hic paciscentis nihil interest à correo suo pecuniam non peti, quippe qui, etsi postea conventus à communi creditore solvat, nullam adversus eum, qui pactus est, actionem habet, ut hic cesset regula *d. l.* 21. §. *ult. ff. de pact.* Secundo movet me locus Ulpiani in *d. l.* 3 §. 3. *ff. de lib. legat.* Ubi Jurisconsultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata est, agendo quidem consequi posse, ut pacto liberetur, sed non, ut per acceptilationem, ut etiam correo liberatio prosit. Qui locus apertissime sententiam nostram confirmat; quid enim apertius ad ejus confirmationem afferri potest, quam quod ibi Jurisconsultus ait, uno quidem accepto liberato utrumque liberari, pactione autem unius eum duntaxat, qui pactus est.

Duo tamen huic sententiæ objiciuntur. 1. res-

sponsum Pauli in *l.* 25. *pr. ff. de pact.* 2. rescriptum Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l.* 2. *C. de duob. reis.* In *d. l.* 25. *pr.* idem, ait Paulus in duobus reis promittendi & duobus argentariis sociis. Quid autem hic cum quo idem? an idem quod in conventione fidejussoris, quam reo non prodesse, nisi fidejussor sit in rem suam, idem Paulus *l.* 23. *pr. & l.* 24. *ff. eod.* respondit? Minimè. Nam pactum unius è duobus sociis alteri quoque prodesse debet propter judicium societatis. Sed idem, quod in pacto rei principalis, ut quemadmodum illud fidejussori quoque prodest, *d. l.* 23. *in fin.* sic unius ex argentariis vel reis promittendi sociis pactum alteri quoque proficiat, utroque enim casu paciscentis peculiariter interest, ne pecunia ab altero petatur rei principalis, ne à fidejussore propter mandati judicium unius è duobus reis vel argentariis sociis, ne à socio propter judicium societatis, quo alioqui id paciscenti reputaretur. Non enim tantùm de argentariis sociis, sed etiam de reis promittendi sociis, *d. l.* 23. loquitur. Et est verissimum quod Cujacius monet, cum fine *d. l.* 23. immediatè conjungi debere *d. l.* 25. utpote quæ alterum exemplum habeat, quo paciscentis principaliter interest: quod & inscriptio & res ipsa indicat.

Alterum quod huic sententiæ obstare plerique putant, est *l.* 2. *C. de duob. reis*, ubi Impp. rescribunt, si unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, quod ultra dimidiam suam solvit, eum posse repetere: quod si accipiunt, posse repetere etiam citra cessionem in correum actionis, videlicet subsidiaria actione negotiorum gestorum: & secundùm id sæpe judicatum esse testantur. Ant. Fab. *Cod. suo for. de duob. reis. defin.* 1. *Christin. vol.* 3. *decis.* 114. *& vol.* 4. *decis.* 178. Jam verò hoc posito, unum à duobus reis debendi solventem posse id quod partem suam excedit, repetere, ex eo rectè colligitur etiam unius paciscentis, ne à se petatur, interesse ne petatur à correo suo; & consequenter id pactum etiam correo profuturum, ne si fortè is solidum solvat, pro parte id ab eo, qui pactus est, repetat. Ego autem non video, quæ in proposita quæstione actio solventi citra cessionem competere possit. Illud utique certum est, solutione unius ipso jure totam perimi obligationem. §. 1. *inst. de duob. reis. l.* 2. *l.* 3. *in fin. ff. eod.* ut nulla jam creditori supersit actio, quæ cedi possit. Nec ulla dari potest ratio, cur cum uno ex pluribus fidejussoribus solidum solvente sine pacto aut cessione nulla detur adversùs confidejussores actio, *l. ut fidejussor* 39. *ff. de fidejuss. l. Modestinus* 76. *ff. de solut.* danda sit uno è reis principalibus solvente adversùs correum. Sed nec suo nomine adversus correum actionem habere potest: non actionem mandati: quod nullum intercessit; non actionem negotiorum gestorum, quia non alienum, sed suum negotium solidum, quod debebat, solvendo gessit; non denique actionem communi dividundo aut pro socio, quarum neutra competit circa communionem. *l.* 1. *l.* 2. *ff. comm. divid.* accuratè Ant. Fab. *l.* 11. *conject.* 6. *& seq.* contra *Car. Molinæum ad d. l. Modestinus, de solut.* Quid ergo respondebimus ad *d. l.* 2. *C. de duob. reis.* Putamus eam commode accipi posse de duobus reis qui in rem communem pecuniam mutuò acceperunt; dicitur enim expressè in textu pecunia communiter mutua accepta: ut hoc casu uno solidum solvente, aut actio pro socio, si socii fuerint, aut communi dividundo adversùs alterùm competat *arg. l.* 2. *pr. ff. com. div. junct. l. ut sit.* 31. *ff. pro soc. add. Perez ad tit. C. de duob. reis. n.* 10. *& seq. Gomez.* 2. *var. res.* 12. *in fin.* Planè si nominatim persona correi quoque pacto comprehensa fuerit, proderit ei pactum ad exceptionem doli per *l.* 25. §. *ult. & l. seq. ff. de pact.*

Jam videndum ex contrario an pactum unius ex reis stipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, puta si pactus sit se non petiturum? Et hic iterum distinguendum videtur inter socios credendi reos & simplices. Si sint socii, puto pactum unius alteri ita non nocere, ut neque prosit. Nam pro ea saltem parte obstabit correo petenti exceptio, quam ille toto soluto socio restituere teneretur judicio societatis. Quam autem partem ipse consequitur, eam non tenetur communicare socio, quippe cujus pactione effectum, ne integrum consequi potuerit. Ut ut autem summi juris ratio efficere videatur, ut nullo modo unius pactum alteri noceat, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum singulorum persona tota obligatio consistit, æquitatis tamen ratio facit; ut in proposito saltem pro parte agenti obstet exceptio, pro ea, inquam, parte quam alioqui acceptam teneretur restituere socio.

Cæterum Ant. Fab. 11. *conject.* 18. *& in rational. ad l.* 27. *de pact.* rejecta hac distinctione, contendit, pactum unius è reis credendi sociis alteri nocere in totum; utitur argumento *l. si duo* 34. *ff. de rec. arbitr.* ex quo loco sic ratiocinatur. Si compromissum unius ex correis sociis nocet in totum alteri, ita ut si is qui compromisit, vetitus sit petere, neque alter petere possit, ergo eodem modo & pactum unius nocebit alteri. At compromissum nocet, &c. per *d. l. si duo.* Respondeo, falsum est assumptum, idque vel ex

eodemque loco demonstrari potest. Non enim quæritur illic, an socius petere, quod promissum est, possit; sed an petente illo stipulatio pœnalis interposita à socio, qui compromisit, committatur? quod non obscurè affirmat Jurisconsultus. Unde contrarium potiùs colligitur, nempe compromissum socio, qui non compromisit; non obesse, ut eo quoque petente stipulatio pœnalis committatur, adversus eum scilicet qui compromisit. Quod si correi credendi socii non sint, conventio unius alteri non nocebit omnino, nunquam enim alia pacta vim suam exerunt extra personas paciscentium, *l. si unius* 27. §. 4. *vers. ante omnia. ff. de pact.* & eo pertinet ejusdem *l.* 27. *pr. vers. ult.* Aliud est, si unus promissori acceptum tulerit, *l.* 2. *ff. de duob. reis*, aut novandi animo alium reum acceperit, *l. si rem.* 3. §. 1. *ff. de novat.* aut jusjurandum detulerit, *l. in duobus* 28. *ff. de jurejur.* quia hæc omnia vicem solutionis obtinent. De jurejurando enim id quoque diserte traditum in *l. jusjurandum* 27. *ff. eod. tit.*

CAPUT VII.

Si unius debiti plura sint apud creditorem chirographa, an unius redditione censeatur obligatio remissa.

SI creditor debitori suo Chirographum reddiderit, tacitè pactus intelligitur, ne petat, & debitum remisisse, *l.* 2. §. 1. *ff. de pact.* fac *l.* 3. §. 1. *ff. de lib. leg. l. qui chirographum* 59. *ff. de leg.* 3. Quæ res dubitationem non habet, si creditori duntaxat una cautio exposita, & ab eodem debitori reddita proponatur. Sed fingamus ejusdem debiti plures cautiones sive instrumenta creditori tradita, & unum ex his tantùm debitori redditum, an hujus unius redditione, similiter obligatio tacitè remissa censeri debeat, quæsitum est. Affirmant Bart. Bald. Castr. Jas. *in d. l. secunda de pact.* quorum sententiam ex professo tuetur Bachovius *ad tit. ff. de pact. c. de sec. div. pact. n.* 7. Negant Duar. Fort. Garf. Paul. Bus. *in d. l.* 2. excepto si id actum esse appareat, veluti si tabulæ non simpliciter redditæ, sed aut donatæ sint aut legatæ debitori. Moventur Bartolus, eumque secuti hac ratione, quia unum tantum instrumentum est, quamvis pluribus tabulis conscriptum, per *l. unum* 24. *ff. qui test. fac.* & quia tabulis restitutis non scriptum, sed contentum restitutum intelligitur, *arg. d. l.* 2. §. 1. *de pact. l. qui chirographum* 59. *de legat.* 3. *l.* 1. *C. de donat.* Bachovius autem pro defensione sententiæ Bartoli etiam quinque alia argumenta affert, quorum primum sumptum est ex *l. veteribus* 39. *ff. de pact.* quo loco cum Papinianus dicat veteribus placuisse, pactionem obscuram vel ambiguam ei nocere, in cujus potestate fuit legem apertius conscribere, ex eo infert Bachovius: creditori imputandum esse, quod non apertius egerit, & contra eum esse juris præsumptionem, quod debitum remittere voluerit. Secundum Bachovii argumentum est, quod præferenda sit sententia humanior: eam autem esse, quæ favet liberationi, *l. Arrianus* 47. *ff. de oblig. & act.* Tertium, quia generalis est definitio tradita in *d. l.* 2. §. 1. *de pact.* nempe redditioni chirographi hoc actum tacitè intelligi, ne debita pecunia petatur. Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi dari potest, quàm debiti remissio. Postremum, quia si unum ex duobus chirographis debitori legatum esset, liberatio legata censeretur. Cæterum hæc sententia aliis, ut dixi, displicet, & meritò, meo quidem judicio: quippe qua admissa magna occasio præbetur improbis hominibus fallendi bonos creditores suos: nam debitori in proclivi est duo chirographa ejusdem argumenti conscribere, quorum alterum tradat creditori, alterum retineat, ut si quando ex eo, quod traditum est, conveniatur: proferat retentum, dicatque illud sibi redditum esse à creditore: atque ita fenestra aperietur fraudibus. Qua propter lubens suscribo sententiæ eorum, qui censent unius chirographi redditione non debere intelligi factam esse debiti remissionem, nisi id actum esse à debitore probetur: quod si id docere non possit, non ipsi, sed creditori jusjurandum deferendum esse, nempe ut juret chirographum à se redditum non esse animo remittendæ obligationis. Atque huc etiam facit bonus textus in *l. ult. ff. de his, quæ in test. del.*

Superest, ut respondeamus argumentis contrariæ sententiæ auctorum. Et quidem illud Bartoli, unum instrumentum est, licet pluribus exemplis descriptum: verum igitur esse instrumentum redditum esse, est ex eorum genere, quæ Aristoteli in poster. analyt. dicuntur ἀντιστρέφοντα, id est, tale ut pro creditore retorqueri possit in debitorem. Nam ut Bartolus sic argumentatur pro debitore, unum tantum est instrumentum, quamvis pluribus tabulis conscriptum, ergo verum est redditum esse: ita pro creditore contra debitorem hoc telum retorqueri potest; unum est instrumen-

tum; atqui hoc à creditore retentum, igitur non est redditum. Quanquam nec illud simpliciter verum est, quod ait Bartolus, unum tantùm esse instrumentum. Unus quidem est contractus aut una obligatio: at plures tamen hic esse cautiones sive plura instrumenta rectè dicitur, *l. unum.* 24. *ff. qui test. fac. l. ult. ff. quæ in test. de.* Ad *l. veteribus* 39. *ff. de pact.* unde primum Bachovii argumentum petitum est, respondeo, non temerè quod Papinianus eo loco de interpretatione verborum pacti ambigui aut obscuri tradit, trahendum esse ad pacta tacita, quæ ex facto aliquo colliguntur: præsertim ad hoc ut donatio intervenisse præsumatur, & eo, quidem etiam casu, ubi alius istius facti finis dari potest. Vulgo dici solet, vel frivolam causam excludere donationis præsumptionem, eo quod nemo facilè suum jactare velle aut effundere præsumatur, *l. cum de indebito* 25. *pr. ff. de Prob. & ibi DD. Cyn. Bald. & DD. in l.* 3. *C. de non num. pecun.* Ad secundum Bach. argumentum eadem dari responsio potest, nempe non usque adeò indulgendum esse liberationi, maxime ubi de præcedente obligatione constat, ut quis sine causa suum perdere voluisse existimandus sit. Donare enim, perdere est, *d. l.* 25. *de prob. l.* 7. *pr. ff. de donat.* Ad tertium definitionem *l.* 2. §. 1. *ff. de pact.* restringendam esse ad casum, quo una duntaxat cautio, ut plerumque fieri solet, exposita & eadem reddita est. Illud enim perrarò evenit, ut debitor duo ejusdem debiti chirographa tradat creditori: quamobrem nec de tali casu cogitasse Jurisconsultum credibile est, *arg. l.* 3. *& ll. seqq. ff. de leg.* Ad quartum quoque non difficilis responsio est, nempe cum creditor unum tantùm è duobus ejusdem debiti chirographis, quæ accepit, debitori reddit, non continuo credendum esse, voluisse eum debitum remittere, cum alium hujus redditionis finem sibi propositum habere potuerit, qui potiùs præsumendus sit, nimirum ideo id creditorem fecisse, quia ex altero, quod retinuit debitum satis probari possit, ut supervacuum videatur utrumque retinere. Quod si animum remittendæ obligationis creditor habeat, cur quæso, non utrumque restituit, sed alterum retinet? Actus agentium, aiunt nostri, non operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis* 19. *pr. ff. de reb. cred.* Potest & his finis addi, ne videatur creditor utraque cautione retenta aliquid malitiosè adversus debitorem velle machinari. Postremùm Bachovii argumentum petitum ex *l.* 59. *de legat.* 3. responsionem non meretur. Nos enim de eo casu disputamus, ubi è duobus chirographis unum redditur simpliciter, nec creditor id se donare profitetur. Legare autem donare est, §. 1. *inst. de legat. l. legatum* 36. *ff. eod.* 2. Nullum enim dubium est, quin sicut donata, ita & legata cautione seu chirographo, & vel una, licet plures creditori expositæ, nomen ipsum seu debitum donatum legatumque intelligatur, *de l.* 39. *de legat.* 3. *l. servum* 44. §. *eum qui* 3. *eod.* 1. *l.* 3. §. 1. *de lib. legat. cum similib.*

CAPUT VIII.

An de controversiis ex testamento ortis rectè transigatur non inspectis testamenti verbis? & quid hic statuendum de pactione gratuita?

IN *l. sub prætextu* 19. *C. de transact.* traditur hæc regula, sub prætextu instrumenti postea reperti transactio bona fide facta non rescinditur. Quæ regula officium suum perdit ex communi interpretum nostrorum sententia; & meo judicio vera, si transactio facta sit super controversia ex testamento profecta, non inspectis cognitisque testamenti verbis, atque ex testamento postea prolato appareat læsum esse transigentem, & habemus in hanc sententiam textum expressum in *l.* 6. *ff. de transact.* ubi hæc verba Gaji leguntur: *de his controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque requiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti*: cui geminus alter locus ejusdem Gaji in *l.* 1. §. 1. *ff. test. quemad. aper.* Cujacius tamen ad *l.* 1. *ff. de transact.* & Æmilius Ferretus putant hanc sententiam falsam esse, & natam ex communi errore. Moventur hisce rationibus: Primum, quia nulla sufficiens ratio dari potest, cur transactio, quæ inter transigentes non minorem vim habet, quam res judicata *l. non minorem* 10. *C. de transact.* facta super controversiis ex testamento ortis sub prætextu testamenti postea rescindi debeat, contra definitionem generalem. *l. sub prætextu* 19. *C. de tit.* & similis textus *l.* 10. *l.* 16. *l. nec intentio* 23. *C. eod. l. summa.* 65. §. 1. *ff. de cond. indeb.* Sed hoc Cujacio & Æmilio visum, dum suo indulgent ingenio: nam satis sufficiens vulgò redditur, eaque duplex hujus juris singularis ratio: una, ne qui testamenta supprimunt aut consulto

diutius occultant, iniquum inde lucrum capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommissarii ad transigendum & modicum forte præsens, pro relicto alicujus momenti, quod ignorant, accipiendum, per *l.* 8. *pr. ff. de transact.* Altera, quod aliàs per hujusmodi transactiones facilè circumveniri possent supremæ hominum voluntates, quas exitum habere, etiam publicè expedire creditur, *l.* 5. *ff. test. quemadm. aper. Bart. & DD. in d. l.* 6. *Sande lib.* 4. *tit.* 5. *defin.* 15. Quæ profectò ratio minimè inepta est, quamvis id Cujacio videatur; nam eadem ratione motus Divus Marcus oratione in Senatu recitata effecit, ut ne super alimentis testamento relictis transigi possit, sine prætore: *d. l.* 8. *pr. ff. de transact.*

Deinde putat Cujacius *d. l.* 6. *ff. de transact.* aut peregrinam esse, aut à proposito alienam, quippe apud Gajum in *d. l.* 1. §. 1. *ff. test. quemad. aper.* transigendi verbum non ad conventa, sed per translationem ad judicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret, partem illius responsi in titulum de transactionibus conjecit, nempe illam ipsam *l.* 6. cujus tamen sententia falsa sit, si verbum illud referas ad conventa seu composita. Ego verò hic desidero judicium Cujacii, & verba hæc *neque sine Judice transigi,* quæ sunt Gaji in *d. l.* 1. §. 1. *test. quemadm. aper.* non ad judicata aut sententias Judicum, sed ad conventiones referenda esse contendo: idque vel ex eo solo evincitur, quod alioqui verba illa in absurdam & stultam abeunt sententiam. Quis enim ita loqueretur, *sine judice judicari non potest?* aut quis unquam de eo dubitavit? Gaji sententia minimè obscura est, neque partes transigere posse de iis, quæ testamento relicta sunt, sine Judice, apud quem scilicet tabulæ reperiri solent; neque aliter Judicem judicare, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti: non quod ipsa transactio auctoritatem desideret Judicis, sed tabularum apertura & publicatio, ut cognita voluntate defuncti, si quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter transigere possit, *d. l.* 1. *pr. l.* 4. *l.* 5. *quemadm. test. aper. l. testamenta* 18, *C. de test. Wesemb. parat. de tit. Costal. in l.* 6. *ff. de transact. Bartol. c.* 3. *de transact. n.* 14. qui & meritò notant Accursium, Bart. Bald. quod plus hîc tribuant sententiæ Judicis, quàm privatorum transactioni: quasi Judici liceret etiam sine inspectione tabularum sententiam ferre, privatis non liceret transigere. Denique & Græci, quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere Cujacius solet, verba Gaji sic reddiderunt, *περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων οὔτε διαλυθῆναι δυνατὸν, ὅτι τὸ ἀληθὲς ζητεῖσθαι μὴ προσκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων.* Porrò tria adhuc communi sententiæ objiciuntur. Primum responsum Scævolæ in *l. Lucius* 78. §. *ult. ff. ad SC. Trebell.* ubi casus proponitur, quo post transactionem interpositam reperta instrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hæreditate fuisse quam hæres fiduciarius ex causa fideicommissi restituerat; & tamen negat Scævola, si transactio intervenerit, amplius fideicommissi nomine peti posse. Respondeo in casu, quem illic proponit & decidit Scævola, credendum omnino esse & præsupponendum, omnia legitimè fuisse acta, testamentum inspectum fuisse atque ex verbis testamenti satis constitisse de fideicommisso: neque postea aliud voluntatis ultimæ instrumentum, puta codicillos, quibus fideicommissario plus quàm testamento relictum erat; sed alia, quæ plus in bonis defuncti fuisse ostenderent, reperta. Nam codicillis postea repertis & prolatis non obstante transactione integra maneret fideicommissi petitio *l.* 3. §. 1. *ff. de transact.* cùm iniquum sit pactione perimi id, de quo cogitatum non est, *l. qui cum* 9. *in fin ff. eod. tit.*

Objicitur secundò *l. non est ferendus.* 12. *ff. eod.* Respondeo, satis apparet ex verbis hujus loci, factam fuisse transigenti in specie illic proposita testamenti inspiciendi copiam; atque ab eo inspectum lectumque, quamvis forte oscitanter, quod suæ negligentiæ imputare debet. Plana est Jurisconsulti sententia, nempe non esse audiendum eum, qui, facta inspiciendi copia, postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, non etiam quod posteriore relictum sit.

Postremò ex Joanne objicit Accursius, quod transactio sit rei dubiæ, & incertæ, at post inspecta testamenti verba rem non amplius esse dubiam, sed certam. At quam jejuna hæc objectio! quasi verò adhuc quæri non possit de mente & sententia testatoris, de viribus testamenti, utrum Falcidiæ locus, &c. Illud obiter moneo, non eò minus ratam esse debere transactionem, quod adjecta non sit clausula, *visis cognitisque verbis testamenti*, dummodo doceatur transigentes gnatos fuisse eorum, quæ testamento cauta, licet tunc cùm interponebatur transactio, fortè lectum non sit, *Bart. in d. l.* 6. *Ant. Fab. Cod. suo for. h. tit. defin* 1. *Sande lib.* 4. *tit.* 5. *defin.* 15.

Reliquum est, ut jam examinemus quæstionis propositæ partem alteram, nempe quid hic statuendum de pactione gratuita. Nam cum Gajus citatis locis *l. 6. ff. de transact. & l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* nominatim & tantùm loquatur de transactione, quæsitum est, an non saltem donationis causa liceat de controversiis ex testamento dependentibus non inspectis tabulis pacisci, litemque gratis remittere? Accursius, cujus sententiam secuti sunt Bartolus, Bald. & Angel. *in d. l. 6.* putat non magis licere verbis testamenti non inspectis de hujusmodi controversiis gratis pacisci, quam accepto aliquo transigere. Contra verò Albericus de Rosate, Guilielmus de Cumo, Castr. & Jas. pacisci de his gratis licere, quamvis transigere non liceat: quorum sententiæ & nos ultro suscribimus. Accursius eumque secuti argumentum ducunt à paritate rationis, & pro vero falsum supponunt, eandem sc. hîc esse transactionis & pacti gratuiti rationem. Magna enim & evidens hic inter pactum & transactionem differentia est: quippe qui transigit, decipi potest, accepto fortè minimo pro bona summa, cum utique habere velit, quod sibi testamento relictum est: at is qui ultro totum remittit, non decipitur, cum nihil habere cupiat, & potest unusquisque jus sibi delatum repudiare.

Pro contrariæ sententiæ firmamento adducit Bartolus *l. 3. l. 9. §. ult. ff. de transact. l. tres fratres. 35. ff. de pact.* quibus locis pactum & transactio æquiparantur, & pari passu ambulant. Sed quæ hæc argumentatio est. In casibus dd. locis propositis, eadem pacti & transactionis est ratio, ergo & in casu proposito. Docent nos Logici non continuò quæ in uno & altero conveniunt, convenire in omnibus, aut in eo, ubi dispar ratio. Neque nos dicimus pactionem gratuitam valere omni casu, quo transactio non valet; sed utilem esse in quæstione proposita, licet transactio sit inutilis. Quid quod omnibus istis locis apertè agitur de pacto decidendi causa interposito, quod nihil aliud est, quam transactio.

Affertur postremò pro eadem sententia, quod apud Paulum *lib. 1. sent. tit. 1.* legitur, *de his rebus pacisci non posse, de quibus transigere licet.* Respondeo, ex eo nequaquam sequitur, de quibus rebus transigere non licet, nec licere pacisci: pactio enim aliquando valida, ubi transactio non tenet: verbi gratia, de re judicata, aut jurejurando decisa, aliave certa & liquida transactio interposita inutilis est; pactio donationis causa non item. Quamobrem cum textus illi supra sæpe citati, *l. 6. ff. test. de transact. l. 1. §. 1. ff. test. quemadm. aper.* transactionem duntaxat in proposito prohibeant, eaque prohibitio aliquid singulare & transactionis proprium contineat, nolim eos ad pacta gratuita temerè extendere.

CAPUT IX.

An vulgaris distinctio procuratoris universorum bonorum in simplicem & cum libera ex ratione juris nostri defendi possit?

QUæri solet an mandati generalis hæc vis sit ut, procurator, cui universorum bonorum administratio permissa est, possit rem quamcunque ad administrationem suam pertinentem pro arbitrio suo alienare, in aliumve transferre? Doctores nostri duo genera hujusmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio à domino commissa est; alterum, quibus commissa est libera, nominatim scilicet hoc adjecto: & contendunt procuratorem cum libera (sic loquuntur) etiam jus alienandi habere, modo ne id fiat animo donandi: eum autem, cui simpliciter administratio, quamvis omnium bonorum, mandata est, nihil alienare posse, præter fructus aut res alias, quæ corruptioni obnoxiæ. Verùm mihi hæc distinctio suspecta semper visa est. Etenim cum ex mandato æstimandum sit, quid cuique in re aliena liceat, parem esse debere utriusque procuratoris potestatem omnino dicendum videtur, & quod uni aut licet, aut non licet, id alteri quoque in re dominica licere aut non licere. Quid enim interest, simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo *libera?* Non magis hæc differunt, quam hæres simpliciter institutus, & institutus adjecto *ex asse.* Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur; quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cujusmodicumque mandato non continetur: qualia sunt, donatio, *l. 7. ff. de donat.* manumissio, *l. 13. ff. de manumiss.* rei dominicæ pro alio obligatio, *l. 1. §. 1. ff. quæ res pign. obl.*

non

non poss. liberatio pignoris aut hypothecæ, *l. 7. §. 1. ff. quib. mod. pign. sol.* item, quævis alia juris dominici remissio, *l. mandato. 60. ff. de procur. l. præses. 12. C. de transact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio administrationis, *l. procurator totorum 63. ff. de procur. junct. l. 12. & ult. ff. decur. furios. l. procurator. 16. C. de procur. l. 1. §. 1. ff. de off. proc. Cæs.* Hinc est, quod ei cui, licet simpliciter, rerum omnium gerendarum provincia mandata est, rem domini in judicium deducit, *l. 11. ff. de pact.* quod iis tantùm licet qui domini loco habentur, *l. tutor. 22. & 27. ff. de administ. tut.* potest exigere & accipere, *l. 11. ff. de pact. l. qui hominem. 34. §. 3. ff. de solut.* creditoribus solvere, *l. quolibet 87. ff. de solut. l. 59. ff. de proc.* novare, *d. l. 22. ff. de adm. tut. l. novare. 20. §. 1. ff. de novat.* transigere, jusjurandum deferre, *d. l. præses. C. de transact. d. l. 12. ff. de pact. l. jusjurandum. 17. §. ult. ff. de jurejur.* modo id faciat in causa domini, planè dubia atque incerta & defectu probationum *arg. l. tutor. 35. pr. ff. de jur.* neque enim hoc sic accipi debet, ut transigere aut jusjurandum deferre possit, etiamsi paratas habeat probationes, quibus id quod intendit haud difficulter queat ostendere, *l. mandato 60. ff. de proc. d. l. præses. C. de trans.* Potest & rem domini pignori dare, utique si mandatum accepit ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuam pecuniam accipere, *l. 12. ff. de pign. act.* Potest denique & vendere, quæ servando servari non possunt, *l. procur. 63. ff. de procur.* & quatenus negotiorum exigit administratio, etiam alia quædam ob evidentem utilitatem alienare, *arg. d. l. 12. & l. ult. ff. de cur. fur.* Jam ego quæro, an plus in re domini licere debeat ei cui libera administratio permissa est? Non puto; utut enim liberrima, administratio tamen est, nihil amplius.

At, inquiunt, procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest aliud pro alio permutare, *l. procurator. 58. ff. de procur.* Fateor, inquam: sed hoc verum est & in eo, cui simpliciter bonorum omnium administratio commissa: in utroque autem hoc sic accipiendum, si conditio & ratio administrationis id flagitet. Atque eodem modo temperandum & explicandum, quod apud Gajum, *l. 9. §. 4. ff. de acq. rer. dom.* & apud Justinianum, *§. nihil autem. 42. Inst. de rer. divis.* relatum est, eum cui libera universorum negotiorum administratio permissa est, rem ex negotiis sibi commissis vendendo & tradendo facere accipientis. Planè potest mandatum ita concipi, ut post generalem clausulam quædam etiam specialiter exprimantur, quæ alioqui aut non concessa, aut non tam planè concessa intelliguntur. Cujusmodi mandati exemplum & formulam habemus apud Scævolam in *l. creditor. 60. §. Lucius. 4. ff. mand.* Instant porrò hoc modo, si filiusfam. & servus, liberam peculii administrationem habentes, res peculiares distrahere & alienare possunt, sine speciali voluntate patris aut domini: ergo & procurator, cui libera rerum domini administratio concessa est, poterit eas res sine speciali domini mandato similiter alienare. At verum est antecedens, *l. si convenerit. 18. §. ult. & l. seq. ff. de pign. act. l. si quis. 41. §. 1. ff. de rei vind. l. contra. 28. §. ult. ff. de pact. l. 8. §. 5. ff. quib. mod. pign. solv. l. 10. C. quod cum eo, qui in al. pot.* ratio autem connexi per se satis videtur manifesta. De connexione mox videbimus. Concedimus interim antecedens: sed hoc dicimus, nihil interesse utrum servo aut filio peculii administratio permissa sit, adjecto an omisso verbo *libera*: nam & liberam permissam intelligi cum simpliciter permissa est: nec uno casu plus juris contineri servove aut filiofam. tribui, quam altero. Hujus rei certissimum argumentum est, quod eadem omnia, quæ superioribus locis conceduntur, liberam peculii administrationem habentibus, alibi permittuntur etiam iis, quibus simpliciter peculii administratio commissa, *l. 13. in fin. pr. ff. de cond. ind. l. pen. §. 3. ff. de divers. & temp. præscr. l. 48. §. 1. ff. de pec. l. ult. ff. de novat.* Alterutrum igitur dicendum est, aut procuratores omnium bonorum, sive simpliciter sive cum libera constitutos, similiter posse res domini quaslibet alienare & distrahere, ut servi aut filii, qui ex permissu domini aut patris peculii administrationem habent, distrahere & alienare possunt res peculiares: aut falsam esse propositionis in superiore syllogismo connexionem; eo quod plus in hoc casu liceat servis & filiisfam. quam bonorum procuratoribus. Prius ne ipsi quidem interpretes admittunt, nisi in procuratore constituto cum libera: alterum ergo dicamus necesse est, argumentationem à servis & filiis peculii administrationem habentibus non procedere ad bonorum nostrorum procuratores: Nec ratio diversi juris adeò obscura est: idcirco enim servis & filiisfam. peculii libera administratione concessa, rerum quoque peculiarium distrahendarum facultas concessa intelligitur, quia peculium est quasi proprium quoddam patrimonium ipsius servi filiive familias à substantia & rationibus domini patrisve separatum atque abstractum *l. 5. §. 3. & §. 4. l. peculium. 39. ff. de pecul.* quod in procuratore diversum esse manifestum est. Adde quod una eademque servi & domini, una patris & filii persona esse videtur, *§. 5. in fin. Inst. de inut. stipul. l. ult. in fin. C. de impub. & al. subst.* Planè non magis servi aut

filiifam. quantumvis liberam peculii administrationem habentes injussu patris aut domini donare possunt, quam rerum nostrarum liberi administratores, *l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pign. oblig. l.* 7. *pr. ff. de donat.* cum similib. Hæc eadem & Duareni ad *l.* 1. §. 1. *per procuratorem* 20. *ff. de acq. poss.* Donelli *lib.* 4. *comm. c.* 15. Vaudi *lib.* 1. *var. quæst.* 47. sententia est.

CAPUT X.

An rectè Interpretes statuant, restitutionem in integrum esse remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire judicium, rescindens & rescissorium.

Restitutio in integrum est causæ jure amissæ redintegratio, ita definitur ab Imp. in *l.* 2. *C. in quib. caus. in integ. rest. nec. non est*; aiunt *causæ amissæ*, nam ubi causa amissa non est, restitutione non est opus, *l. in causa* 10. *pr. ff. de minor. l.* 3. *C. de in int. rest. min.*

Aiunt, *redintegratio*, quoniam impetrata restitutione in integrum, omnia in pristinum statum reducuntur tam ex parte adversarii, quam ex parte restituti. Omnis enim restitutio est reciproca, *l. quod si minor.* 24. §. 4. *ff. de minor. l.* 1. & *l.* 2. *C. si adv. transact.* Paulus *lib.* 1. *sent. tit.* 7. definit rei redintegrandæ actionem. At enim ipsa restitutio in integrum propriè actio non est, sed res, quæ petitur & postulatur à magistratu.

Dicitur tamen actio figuratè, ut ex contento continens intelligamus, ex restitutione postulationem litigatoris, quæ eam continet: quomodo etiam stipulationes prætoriæ actionis verbo contineri dicuntur *l. actionis.* 37. *ff. de oblig. & act.* Hæc habeto ὡς ἐν προθεωρίᾳ. Occurit autem in hoc argumento geminus interpretum error, tum quod restitutionem in integrum pro judicio & auxilio habent extraordinario, tum quod duplex hic intercessisse judicium, rescindens & rescissorium, imaginantur. Uterque error natus est ex veteris juris ignorantia. Prior statim apparebit, atque cognoverimus quid sit judicium ordinarium, quid extraordinarium. Ordinarium jus sive judicium est, quod per actiones & interdicta, per Judices datos, sine prætoria cognitione civiliter exercetur, ut discere possumus ex *l.* 1. §. 2. *ff. si ventr. nom. mul. in poss. l. ult. ff. de privat. del. l.* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui poss. l.* 178. §. 2. *ff. de verb. sign.* &c. Suetonius in *Claud. c.* 15. *Alium*, inquit, *interpellatum ab adversariis de propria lite, negantemque cognitionis rem, sed juris ordinarii esse, agere causam confestim apud [se] coëgit.* Extraordinarium est, quod præter consuetum judiciorum morem & ordinem exercetur prætore ipso ex officio cognoscente, non Judicem dante. Cujus generis sunt, cognitio de honorariis professorum liberalium artium, medicorum, advocatorum, &c. *tit. de extraord. cogn. l.* 7. *ff. l.* 1. *C. mandat.* Item de fideicommissis *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* de transactione alimentorum, *l.* 8. §. 18. *de transact.* & si quæ sunt causæ similes. Hæ autem causæ cum essent extraordinariæ, & ab ipso prætore disceptarentur, solebat prætor in edicto pro illo usitato & tralatitio verbo *Judicium dabo,* aliud usurpare, videlicet *animadvertam. l.* 1. §. 1. *ff. de minor. l.* 15. §. *a[it] prætor.* 24. *ff. de injur.* itaque nec harum causarum ullæ certæ & ordinariæ erant actiones aut formulæ. *l.* 24. §. *ult. ff. de minor.* Hotom. *lib.* 7. *obs.* 4. Duar. *in lib.* 7. §. 2. *de pact.* Brisson. *lib.* [5] *&* 13. *de verb. significat.* Nunc videamus an causas restitutionis in integrum prætor suæ jurisdictioni & cognitioni extra ordinem reservarit, an more judiciorum ordinario atque usitato Judicem in his actionemque dederit? Non ipsum prætorem hic judicasse, sed judicium dedisse arguunt verba edictorum omnium, quæ huc pertinent, dempto uno de minoribus. *l. item. si* 14. §. 1. *ff. quod. met. caus. l.* 1. §. 1. *ff. de dol. mal. l.* 2. §. 1. *in fin. ff. ex quib. caus. major.* ubi prætor læsis restitutionem pollicetur data actione rescissoria. Hinc jam perspicuè apparet, judicia hæc non esse extraordinaria, sed ordinaria: eosque perspicuè errare, qui aut hæc sola, aut, quod minus ferendum, cætera quoque beneficia prætoria extraordinaria esse remedia existimant quos vel solæ refellunt bonorum possessiones ut omittam actiones prætorias, Publicanam Paulianam, Servianam, de constituta pecunia ex jurejurando, de receptis, de dejectis & effusis, & innumeras alias. Excipitur sola restitutio qua minoribus 25. annis lubrico ætatis læsis succurritur, quam prætor suæ jurisdictioni reservavit: & ideo in hac causa non ait se actionem aut judicem daturum ex more judiciorum ordinario & consueto: sed uti quæque res erit, animadversurum. *l.* 1. §. 1. *de minorib.* Unde Paulus in *l. quod si minor.* 24. §. *ult. eod.* *ex hoc edicto*, inquit, *nulla propriè actio vel cautio proficiscitur, totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione.* Cæteræ verò dantur in modum actionis ordinariæ, ut jam demonstravimus. Planè si quis restitutiones consideret, quatenus in subsidium & ferè non nisi aliis actionibus deficientibus conceduntur, quin hoc sensu remedia extraordinaria rectè dicantur nemo inficias ibit, *l. in causæ* 16. *pr. ff. de minorib.*

Alter error Interpretum est, quod duplex hic intervenisse judicium imaginantur, rescindens & rescissorium, duplicem libellum, duplicem litis contestationem & sententiam. Cui errori causam dedit edictum, *ex quibus causis major.* & textus in *l. qui proprio 46. §. item quæritur, ff. de procur.* Restituuntur majores variis ex causis, & inter alias, si eorum ex necessaria aut justa causa absentium res usucapta sit, *l. 1. ff. ex quib. caus. major. §. rursus 5. Inst. de actionib.* Hoc autem casu ait Justinianus permitti domino reverso rescissa usucapione rem petere, cui simile, quod ait Paulus in *l. in honorariis 35. ff. de oblig. & action.* ei, cujus absentis res usucapta est, rescissa usucapione actionem dari, quæ scilicet est illa actio in rem prætoria, quam nostri passim rescissoriam vocant, *l. nec non 28. §. ult. ff. ex quib. caus. maj. l. ult. C. eod. l. nullo, 24. C. de rei vind.* nonnunquam & restitutoriam, *l. 3. §. 1. ff. de eo per quem fact. er. l. qui proprio 46. §. 2. ff. de proc.* Cæterùm loca ista nequaquam sic intelligenda sunt, quasi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo prætor rescindat usucapionem, ac dum demum hanc actionem det, qua petatur res restitui, sed ideo dicitur rescissa usucapione hæc actio dari, quia prætor eam concedendo vi ipsa simul usucapionem rescindit, dum permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi à possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset, *l. 1. §. 1. l. sed & si 26. §. si feriæ. l. nec non. 28. §. pen. ff. ex quib. caus. maj. l. ult. C. eod. l. nullo 24. C. de rei vind.* ex quibus locis perspicuè patet, rescissionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere, cum actionem rescissoriam petenti concedit, fac. *l. 2. §. 1. ff. de cap. minut.* hoc ipsum & Ludovicus Gomezius odoratus est in *d. §. rursus ex diverso Inst. de actione*: sed explicare non potuit, aut solidè confutare communem errorem. Porro nullum decretum hic antecessisse, quo quod gestum est rescinderetur; sed rescissionem & restitutionem in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere actionem rescissoriam dando, argumento est, quod apud Justinianum legimus in *§. 3. Inst. de action.* formula actionis rescissoriæ petitorem intendere possessorem usu non cepisse, quod usucepit, quæ utique formula non convenit actioni pristinæ per rescissionem restitutæ: neque enim remota judicio rescindenti usucapione huic formulæ & intentioni locus esse potest. At enim, inquiunt, Impp. in *l. ult. C. quib. ex caus. major.* aiunt actionem rescissoriam: quam utilem ibi vocant dari restitutis in integrum. Respondeo hoc ipsum confirmare, quod nos dicimus, nempe in concessione actionis rescissoriæ, ipsam restitutionem esse positam: atque Interpretes abuti textibus juris, qui rescissa usucapione utilem aiunt reddi actionem, quippe quo nihil aliud significetur, quàm quod cum prætor causa cognita actionem concedit, perinde habeatur inspecto exitu, ac si usucapio rescissa esset: eaque verba respicere effectum formulæ, qua possessorem non usucepisse intenditur.

Sed quid respondemus ad *l. qui proprio 46. §. 2. ff. de procur.* ubi sic Gajus lib. 3. ad edictum provinciale: *Item quæritur, si judicium acceperit defensor, & actor in integrum restitutus sit, an cogendus sit restitutorium judicium accipere? & magis placet cogendum.* Hæc objectio videtur esse alicujus momenti: nam ex eo loco rectè colligi videtur, esse aliquod judicium restituens sive rescindens, quod præcedat restitutorium sive rescissorium. Sed non est tanti ponderis, ut plerique existimant. Agitur illic de defensore, qui eandem vicem subire cogitur, quam ipse reus *l. minor. 51. §. 1. ff. de procur.* Ponamus itaque casum, quo contra minorem rem aliquam petentem sive actione in rem sive in personam, pro defensore alienæ litis sententia lata est, & minorem beneficio ætatis in integrum restitutum, data actione restitutoria. Hic defensor cogendus est etiam judicium restitutorium sive actionem rescissoriam accipere, quam etiam in se hoc ipso quod alienæ litis defensioni se obtulit, suscepisse intelligitur. Ubi autem hic duplex judicium, restituens & restitutorium? Conjicere licet, errorem hunc manasse ex ignoratione ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus ferè actionibus occurrebat species quædam duplicis judicii, dum quædam apud prætorem seu magistratum tractabantur, quædam apud Judices datos: cæterum revera unum tantum erat judicium, ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud prætorem non instituebatur judicium, sed constituebatur à prætore data actione & Judice, qui de re cognosceret. Unde nec illa quæ apud prætorem fiebant in judicio, sed in jure fieri passim dicuntur. Restringitur autem vulgo necessitas duplicis judicii rescindentis & rescissorii ad edicta, quibus vel propter ætatem, vel propter absentiam læsis subvenitur. *Mynsing. 1. obs. 25. Oldendorp. class. 6. act. 8.* nec mirum, nam in actione de dolo, quod metus causa ex edicto de alienatione judicii mutandi causa facta, & quæ datur in debitorem capite minutum, simplicitas & unitas judicii minus evidens & conspicua est.

CAPUT IX.

Quale sit beneficium restitutionis in integrum reale, an personale: & an fidejussoribus quoque prosit?

QUidam putant, restitutionem in integrum esse beneficium reale, moti hisce ferè rationibus. 1. Quia non tantum læsis ipsis, sed etiam hæredibus eorum datur, *l. non solum. 6. ff. de in int. restit. l. 3. §. Pomponius 9. l. minor. 18. §. ult. ff. de minor.* 2. Quia & ad successorem singularem transire potest, videlicet ex facto & voluntate minoris, si minor alicui hoc auxilium cesserit, *l. quod si minor. 24. pr. ff. d. tit. l. alterius. 20. §. 1. in fin. ff. de tut. & rat. distr.* nempe non ceditur officium Judicis, sed jus implorandi officium Judicis quod actionis instar habet, *l. actionis. 37. ff. de obl. & act.* vid. Mynsing. 4. *obs.* 18. *& seq.*

Sed magis est, ut hoc beneficium pro personali habendum sit: neque enim rei aut causæ beneficium dici potest, quod variis ex causis personis læsis, lapsis aut circumventis conceditur. Et cum quæritur an beneficium aliquod vel actio in rem sit, id non tam ex eo, cui, quam adversus quem detur, æstimandum est, *l. actionum. 23. ff. de obl. & act.* Non obstant loci in contrarium adducti. Nam si omnia, quæ hæredibus competunt, essent realia, nullæ ferè essent actiones personales, quippe quæ omnes hæredibus quoque competunt, tametsi pœnales sint ex maleficio, excepta una injuriarum, & si qua alia similis inveniatur, *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Nec valet hæc argumentatio, cedi potest restitutionis auxilium, ergo esse beneficium reale: nam omnes actiones in personam cedi possunt. Fatemur privilegia personalia, seu quæ certis personis tribuuntur, non transire in hæredem, sed cum personis, quibus tributa sunt, finiri *l. privilegia 196. ff. de reg.* at restitutio in integrum non competit jure privilegii in specie sic dicti, aut tanquam jus aliquod singulare, sed magis tanquam remedium juris communis, & quod instar est actionis ordinariæ, non enim ex mera tribuitur gratia, sed ipsa quoque justitia & æquitate dictante, quam ob causam etiam favorabile censetur, *Sfort. Odd. p. 1. q. 1. art. 1. & q. 50. art. 1. de rest. in int.* licet suo sensu, quod detur contra jus civile *l. 35. in fin. pr. ff. de obl. & act.* Porrò beneficium restitutionis in integrum non esse reale ex eo quoque liquet, quod non prodest consorti: ut ecce, duo fratres consortes, unus major 25 annis, alter minor, de hæreditate paterna cum tertio aliquo transegerunt: hic minori quidem fragilitate ætatis læso succurretur, & proderit minori restitutio, cæterum pro parte duntaxat sua, quatenus scilicet ipsius interest: fratri autem majori non proderit, *l. un. C. si in comm. ead. in int. rest. postul.* Quod si restitutio minoris, ut interdum fit, socio quoque prosit, id propriam rationem habet, veluti si agatur de re natura sua individua, puta servitute communi fundo debita: hic enim non nisi in solidum restitutionis locus esse potest, nec minor commodum restitutionis sentire, nisi consorti quoque suo prosit, *l. si communem. 10. ff. quemad. servit. amitt.* aut si fundo, quem minor cum alio communem habebat, vendito & minore in integrum restituto, emptoris intersit contractum in totum rescindi propter incommoda communionis, *l. tutor. 47. §. 1. ff. de minor.* Cæterum in tota hac quæstione distinguendum videtur inter causas restitutionum: si quidem actio de dolo, de alienatione judicii mutandi causa facta, restitutoria ex edicto de capite minutis merè sunt personales: actio quod metus causa origine sua & ipsa personalis, ut tamen in rem scripta sit: actio rescissoria ex capite de majoribus ferè in rem est: restitutio minorum imploratur contra eum, cum quo contraxerunt: quanquam interdum & adversus tertium possessorem actio porrigatur, quod speciale est, *l. in causæ 13. §. 1. ff. de minor.*

Altera illa quæstio, an beneficium restitutionis fidejussoribus quoque prosit, in causa minorum præcipuè agitatur: nam exceptionem doli mali & metus, etiam fidejussoribus competere certi atque explorati juris est, *l. 7. §. 1. ff. de except.* Quæritur ergo an hoc beneficium prosit etiam minorum fidejussoribus. Non prodesse responsum est, *l. in causæ 3. pr. ff. de minor. l. 7. in fin. ff. de except. l. 1. l. 2. C. de fidejuss. min.* ex adverso prodesse, *l. minor. 51. ff. de procur. l. si pupillus. 89. ff. de acq. her. l. 2. §. 1. ff. de administr. tut. l. 3. §. 4. vers. sed an hoc auxilium ff. de minor.* Hæc loca in speciem contraria variè concilientur, & quidem ferè trifariam.

Plerisque cum Accursio in *d. l. minor.* placet hæc distinctio: aut creditor, qui cum minore contraxit, non potest aliter indemnis esse, nisi saltem adversus fidejussorem ei actio detur; aut potest. Priore casu censent, restitutionem fidejussori non prodesse, sed efficaciter posse cum eo agi: quia creditor ob hunc ipsum metum restitutionis & remedii prætorii fidejussorem à minore accipit *d. l. 13. pr. de minor.* nec tamen fidejussorem adversus minorem habere regressum; quoniam & contra ipsum fidejussorem, ne mandati actione expediatur, restituitur, *d. l. 13. l. 7. in*

fin. ff. de except. l. 1. *C. de fidejuſſ. min.* Plane ſi dolo minoris deceptus fidejuſſor eum majorem putavit, mandati actio efficax eſt; quia in delictis minori non ſuccurritur, quæ ſententia eſt *d. l.* 1. *C. de fidej. minor.* Poſteriore caſu, ubi ſalva eſt creditori judicii in alium tranſlatio, etiam ſubveniri fidejuſſori, ut in ſpecie *d. l. minor.* 51. *ff. de procur.* ubi creditori ſeu actori ſalva manet contra principalem reum actio. Item in caſu *l. ſi pupillus* 89. *ff. de acq. hær.* ubi creditoribus ſalva eſt actio contra hæredes legitimos, ſi qui alii ſint præter minorum reſtitutum, vel contra cohæredes adeuntes. Et ad hunc poſteriorem caſum quoque pertinere *l.* 2. §. 1. *ff. de admin. tut. item l.* 3. §. 4. *verſ. ſed an hoc ff. de minor.* Diverſi juris hanc eſſe rationem, quia ſicut æquum eſt creditorem in damno non morari; ita eamdem æquitatem ſuadere, ut fidejuſſori ſuccuratur, ſi creditori aliter conſultum ſit.

Alii pro regula ponunt fidejuſſores minorum beneficio reſtitutionis non juvari, quaſi ſua conventione hoc auxilium repudiaſſe videantur per *d. l.* 13. *pr. ff. de minor.* fac. *l.* 3. §. 4. *verſ. ſed an hoc eod.* ubi dicitur interdum & fidejuſſori hoc auxilium prodeſſe: unde rectè colligas, regulam eſſe in contrarium. Excipiunt autem caſum, quando fidejuſſor intercedit pro minore certæ perſonæ qualitatem induente, quam deinde exuat beneficio ætatis, veluti ſi fidejubeat pro minore tanquam defenſore alienæ litis, & promittente judicatum ſolvi, ut in ſpecie *d. l. minor.* 51. *ff. de procur. l.* 2. §. 1. *ff. de adm. tut.* aut tanquam hærede, ut in ſpecie *d. l. ſi pupillus.* 89. *ff. de acq. hær.* Eum enim, qui pro his quatenus tales ſunt intervenit, apertè id agere, ut ne teneatur depoſita hac qualitate. *Donell.* 21. *comm. c.* 14.

Ant. Faber. *lib.* 8. *conject.* 3. *& ad l.* 13. *ff. de minor.* alia adhibita diſtinctione rem hanc expediendam putat, & nimirum intereſſe, utrum fidejuſſor pro minore intervenerit etiam pro majore, quod in dubio ſit præſumendum, etiamſi ſciverit conditionem minoris: an quaſi pro minore & contemplatione juris prætorii, id eſt, ob eam duntaxat cauſam, ut creditori cautum eſſet, qui alioqui propter incertam ætatis ac reſtitutionis cum minore non contraxiſſet. Priore caſu prodeſſe fidejuſſori reſtitutionem à minore impetratam, perinde ac ſi à majore impetrata eſſet. Poſteriore verò non prodeſſe. Atque hanc diſtinctionem etiam Senatui Sabaudiæ placuiſſe teſtatur idem Ant. Faber *Cod. ſuo for. tit. de fidej. min. defin. l. & tit. qui & adv. quos in int. reſt. defin.* 2.

Ex tribus autem hiſce diſtinctionibus expeditiſſima & tutiſſima mihi videtur ſecunda: nam ratio primæ in caſu, quo etiam fidejuſſori ſuccurratur, non convenit ſpeciei *l. ſi pupillus* 89. *ff. de acq. hær.* Quid enim ſi nemo adeat hæreditatem, ut quæ ſuſpecta ſit, nec omninò idonea? Quid enim ſi vetus aut alia actio propter inopiam aut abſentiam debitoris inanis ſit? Nec quod ad tertiam attinet, Ant. Fabro concedendum, fidejuſſorem minoris, quem ſcit minorem eſſe, in dubio non intelligi contemplatione juris prætorii interceſſiſſe: Imo cum fidejuſſor in hoc accipiatur ab eo, qui cum minore contrahit, quod ei potius, quam minori fidem habeat, propter metum reſtitutionis, *d. l.* 13. *pr. ff. de minor.* contrarium potius præſumendum: & ſibi imputet fidejuſſor, quod minoris conditionem non ignorans pro eo intervenerit. Quod vero fidejuſſori, qui minori hæres extitit, ſalvum manere reſtitutionis auxilium. *l. Stichum* 95. §. 3. *ff. de ſolut.* in eo fidejuſſoris eadem cum cæteris hæredibus conditio eſt, *l.* 6. *ff. de in int. reſt. l.* 3. §. *Pomponius* 9. *ff. de minor.* Neque enim fidejuſſori quâ fidejuſſori, ſed quâ hæredi ſalvum manet. Item quod placuit fidejuſſori qui pro minore dolo adverſarii circumſcripto intervenit, prodeſſe exceptionem doli mali, quæ minori ex hac cauſa competit, *d. l.* 7. §. 1. *ff. de except. l.* 2. *C. de fidej. min.* hoc ex eo eſt, quod hæc exceptio ex parte objicientis in rem potius eſt, quam in perſonam, *l.* 2. §. 1. *&* §. 2. *ff. de dol. max. exc.* ac proinde ex earum genere, quæ vel invito debitore competunt fidejuſſori, *d. l.* 7. §. 1. *ff. de except. l. & hæredi* 21. §. *ult. l. ult. ff. de pact.* Cui adde quod etiam majoribus eadem ex cauſa eadem exceptio detur. Cæterum non hoc ſolo caſu quod quidam putant, reſtitutio fidejuſſori prodeſt, ut jam demonſtravimus. Unicum adhuc eſt, quod hic objici ſolet, nempe generalis illa regula, quæ definit omni genere liberationis liberato reo principali liberari etiam acceſſiones, *l. in omnibus* 43. *ff. de ſolut.* Sed huic objectioni ſic reſpondendum, regulam illam toties procedere & veram eſſe, quoties principalis obligatio aut ipſo jure tollitur, aut ſummovetur per exceptionem jure communi competentem, qualis eſt exceptio pacti, rei judicatæ, jurisjurandi, Senatuſconſulti Vellejani, &c. Secus autem eſt, quando manente obligatione tam naturali quam civili perſona rei duntaxat ſubducitur, ſicut fit, cum minor reſtitutione utitur per *l. ult. ff. de duob. reis.*

CAPUT XII.

An dolus dans causam contractui bonæ fidei eum reddat ipso jure nullum?

QUæstio hæc agitata est inter Doctores Citramontanos & Ultramontanos, quorum illi affirmant bonæ fidei contractum, cui dolus causam præbuit, ipso jure nullum esse: hi negant. Illos sequuntur Cujac. Costal. Bus. *ad l. 7. ff. de dol. mal.* Don. Myns. Zas. *in §. actionum 28. inst. de act.* Hos Coras. 2. *miscel.* S. Robert. *lib. 3. animadv.* 1. 2. *&* 4. Nos hic Citramontanorum castra sequemur, in quæ & suprema Curia Hollandiæ concessit *decis.* 5. Primum hoc dicimus in contractu bonæ fidei, nullam circumscripto competere actionem de dolo: Nam aut causam contractui bonæ fidei dedit dolus & contractus, ut nunc supponimus, ipso jure nullus est; ut puta nulla est venditio, nulla societas, si quis cum animum contrahendi non haberet, in hoc circumscriptus est & dolo adversarii adductus, ut venderet, *d. l. 7. ff. de dol. mal.* aut societatem contraheret, *l. in causæ. 16. §. 1. ff. de minor.* aut dolus incidit circa partem aliquam in contractum bonæ fidei, puta circa rei valorem, aut traditionem, aut pretii numerationem, & purgatur per actionem ex ipso contractu descendentem, *d. l. 7. §. 3. ff. de dol. l. Julianus* 13. §. 4. *&* 5. *ff. de act. empt. l. 2. C. eod.* aut si conveniatur, qui dolum passus est, purgatur exceptione doli, quia exceptiones doli insunt bonæ fidei judiciis, *l. sed & si 21. ff. solut. matrim. l. hujusmodi* 84. §. 5. *ff. de legat.* 1. In stricti autem juris contractibus non idem doli effectus est. Hic enim sive causam contractui dolus dederit, non reddit eum ipso jure nullum; sive inciderit & in aliqua parte tantùm accesserit, non purgatur actione ex contractu descendente, quæ stricti juris est: sed spectatur duntaxat, utrum is, qui per dolum obligatus est, impleverit contractum, necne: si nondum implevit, exceptione doli mali agentem repellere potest, *l. si quis. 36. ff. de verb. oblig. l. 5. C. de inut. stipul.* actionem autem de dolo non habet; quippe quæ nec cum exceptione doli concurrit, *l. ult. ff. dol. mal.* Sin autem implevit contractum, jam quia exceptionem doli non habet, si cætera quoque remedia ei desint, dabitur ei actio de dolo, tanquam ultimum subsidium, Zas. Duar. Cujac. Donel. *in d. l. 36. de verb. oblig.*

Illud autem hic quæritur, an verum sit quod cum Citramontanis asserimus, ubi dolus causam præbet contractui bonæ fidei, contractum ipso juro nullum esse, cum secus se res habeat in strictis judiciis. Et verùm esse satis perspicuè demonstrat textus in *l. 7. pr. ff. de dol. mal.* ubi Jurisconsultus disertè ait, nullam esse venditionem si in hoc ipso circumscriptus fuerit minor, ut venderet; & notanda eo loco oppositio casuum. Nam dum ait nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet minor circumventus sit, casum hunc opponit casui antecedenti, quo dolo incidente, non causam dante contractus ipso jure valet. Non obstat, quod Jurisconsultus utroque casu actione de dolo in manumissum dat, siquidem Ulpianus ut sententiam Juliani dicentis actionem de dolo in manumissum dari, qui à domino minore decepto venditus & ab emptore manumissus erat, conciliaret cum vulgata regula, quod actio de dolo cum alia actione non concurrit, cum hic videatur superesse ex vendito, docere voluit sententiam istam Juliani duobus casibus procedere. 1. quando emptio venditio valet, sed emptor dolo caruit, ut non possit ob dolum à servo commissum actione ex vendito conveniri. 2. ubi emptor in dolo fuit, sed minor in hoc ipso fuit circumscriptus, ut venderet, & ita dolus venditioni causam præbuit: quo casu cum venditio ipso jure nulla sit, sola superfit actio de dolo.

Probatur hæc eadem sententia, nec minus evidenter, *l. in causæ 16. §. 1. ff. de minor.* ubi & majore 25. annis circumscripto in societate ineunda, contractus dicitur esse nullus, & minori eodem casu negatur opus esse restitutione in integrum, quæ utique ei necessaria esset, si contractus subsisteret. Addunt alii & textum in *l. 3. §. ult. ff. pro soc.* quo loco Paulus sic scribit: *Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est: quia fides bona contraria est fraudi & dolo.* Sed, ut verum fatear, alia videtur hujus loci esse sententia, nimirum eam societatem ipso jure nullius esse momenti quæ animo & proposito contracta sit ut ejus occasione alii fraudentur & circumveniantur: quia rei turpis & illicitæ nulla in universum ex ullo contractu obligatio est, *l. 6 §. 3. ff. mandat. l. nec prætermittendum. 57. ff. pro soc. l. generaliter. 26. & seq. ff. de verb. oblig.*

Restat jam ut examinemus & diluamus argumenta, quibus Ultramontani eorumque sectatores adducti in contrariam sententiam iverunt. Sed prius quam eò deveniamus, monendi sumus in distinctione contractuum bonæ fidei & stricti juris, bonam fidem non simpliciter opponi dolo, quippe quem ab omnibus contracti-

bus, etiam à stipulatione & mutuo abesse oportet, *l. 4. C. de oblig. & act.* sed quadantenus tantum & secundum quid, nempe quatenus plenior & exuberantior fides in contractibus bonæ fidei desideratur, eorumque naturæ magis adversatur dolus malus, quod Impp. *l. 5. C. de resc. vend.* significant, cum aiunt, dolum contrarium esse bonæ fidei, quæ in hujusmodi maximè contractibus exigitur. Et ratio est, quia in his alter alteri obligatur in id, quod ex bona fide, ex bono & æquo præstari oportet, etiamsi de eo nihil cautum sit §. *in bonæ 30. Inst. de action. l. 2. §. 3. ff. de obl. & act.* & hinc est, quod etiam potentius operetur dolus, ad impediendam originem obligationis in contractu bonæ fidei, quam stricti juris dolus, inquam, contractui causam dans: nam incidens contractum nullam facere non potest.

Ultramontani tamen Petrus, Cynus, Joan. Faber, & recentiores nonnulli, sicut diximus, ab hac sententia recedunt, contendentes contractus omnes, etiam bonæ fidei, quamvis dolus iis causam dederit, ipso jure consistere atque effectum habere, sed rescindendos esse actione ex contractu, aut de dolo, si alia non supersit. Afferunt huic sententiæ firmandæ innumeros locos, quorum præcipui *l. 11. §. si quis 5. l. Julianus 13. §. 4. & 5. item §. si colludente 27. ff. de act. empt. l. si res æstimata 12. §. 1. ff. de jur. dot. l. 3. C. comm. utriusque jud. l. 5. C. de resc. vend.* Verum non est adeo difficilis ad hæc loca responsio: quoniam in plerisque agitur de dolo incidenti, veluti in *d. l. 11. §. si quis originem ff. de act. empt.* Nam in casu illic proposito venditor emptorem de dolo malo non induxit ad emendum; sed cum emptor animum emendi haberet & errore lapsus putaret se virginem emere, venditor sciens emptorem errare, passus est eum in hoc errore hærere: non autem affirmavit esse virginem, quo eum ad emendum induceret, qui error corrigitur data actione ex empto ad emptionem resolvendam. Sic quoque in *d. l. 13. §. 4. & 5.* non proponuntur casus, quibus quis dolo inductus & in hoc circumventus est, ut emeret vel venderet: sed ut res pluris vel minoris emeretur, vel venderetur. Similiter ex eo, quod in §. *si quis colludente. 27. d. l. 13.* Jurisconsultus proponit colludente procuratore, venditionem factam, non sequitur necessario dolum dedisse causam contractui, multoque minus ex *d. l. 12. §. 1. ff. de jur. dot.* cum procul dubio nuptias contrahere mulier voluerit, nec ea in dote promittenda circumventa fuerit, sed in æstimatione & traditione servi. Nec denique ex *l. 3. C. comm. utriusque jud.* neque enim illic agitur de dolo, qui divisioni causam præbuit, sed amisso in ipsa divisione qui dolus est incidens, & sic quoque capiendæ *l. 7. §. 1. depos. l. 49. de O. & de A. l. 79. pro soc. l. 43. §. ult. l. 66. §. 1. l. 68. §. 1. de contr. empt. &c.* Sane in specie *d. l. C. de resc. vend.* dolum dedisse causam contractui, verba ipsa satis apertè ostendunt, & tamen etiam eo casu rescindi dicitur venditio. Sed bene respondet Cujacius, nihil aliud his verbis *venditionem rescindi*, eo loco significari, quam data & tradita revocari condictione sine causa. Nam propriè ipsa venditio, quæ nulla est, non potest dici rescindi: sed rescindi dicitur ab effectu, qui secutus est, quoniam dominium per traditionem translatum erat, *l. 7. pr. ff. de minor. l. dolus 10. C. de resc. vend.*

Utuntur præterea Ultramontani duobus argumentis, & quidem quæ digna sunt consideratione. Primum tale est: Ubi adsunt substantialia contractus, ibi non potest contractus ipso jure esse nullus: atqui licet dolus causam dederit contractui bonæ fidei, adest consensus, adsunt alia essentialia: ergo ipso jure non est nullus. Ad propositionem quod attinet, monendi sumus contractus non ex mero jure gentium hic considerari oportere, sed quatenus jure civili recepti & approbati. Assumptio falsa videri potest: propterea quod dolus excludat consensum, cæterum ita stabilitur. Si vis & metus non excludit consensum nec contractum vitiat, nec dolus excludet, &c. At verum antecedens; ergo & consequens. Ratio connexi est, vel quia vis & coactio maximè videtur contraria esse voluntati *l. nihil consensui 116. de reg. jur.* vel quia in vi & metu etiam dolus inest *l. 3. §. doli mali. 8. ff. vi bon. rapt.* Antecedens non obscurè negat Cujacius in *l. si quis 36. ff. de verb. oblig.* Et apertè Donellus in *l. 1. C. de resc. vend.* Verissimum tamen esse argumento sunt verba ipsa edicti prætoris, *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* neque enim restitutione opus esset, si contractus ipso jure non valeret: & non nisi insulsè atque ineptè ad metum & vim quandam incidentem edictum hoc referre possis. Accedunt expressi textus in *l. 3. l. 4. l. 5. C. de his quæ vi metusv. ca.* ex quibus manifestè patet vim, & metum non efficere, ut contractus; quamvis sit bonæ fidei, & cui metus causam dederit, sit ipso jure nullus: sed eo non obstante actionem & exceptionem quod metus causa dari. Movere non debet, quod scriptum est in *l. si mulier. 21. §. 3. ff. quod met. cap. Si dos metu promissa sit nullam nasc. obligationem, nec talem promissionem dotis ullam esse.* Hoc enim speciale est in promissione dotis metu extorta: quoniam favore dotis non datur restitutio: quoties autem

contra actum, si valeret, non datur restitutio, toties actus metu gestus ipso jure non valet, fac. *l. 9. pr. l. si privatus* 17. *ff. qui & à quib. man.* & quod notandum est, loquitur *d. l.* 21. §. 3. de dote stipulanti promissa, vix autem quisquam est, qui dubitet talem promissionem, licet metu extortam, alias ipso jure subsistere. Magis obstare videtur, *l.* 1. *C. de resc. vend.* ubi Imp. Alexander ait venditionem per vim & metum extortam irritam esse. Sed rectè respondet Accursius, *irritam* positum esse pro irritandam, nempe per actionem quod metus causa: quia prætor talem venditionem ratam non habet, data actione quod metus causa, *l.* 1. *ff. quod met. cau. l.* 3. *&* 2. *seqq. C. eod.* ut exitu inspecto actus hic sit irritus, aut pro irrito habendus. Nos igitur cum Bachovio, *de action. disp.* 6. *th.* 17. negamus rationem connexi, & dicimus à metu ad dolum non rectè inferri. Quod si quis hic urgeat responsum Ulpiani in *d. l.* 2. §. *doli mali.* 8. *ff. vi bon. rapt.* ubi ait, eum, qui vim facit, etiam dolo malo facere, & in vi dolum inesse. Responsio in promptu est, doli appellationem & generalem esse, omnemque significare improbitatem, malitiam ac propositum delinquendi, quo significatu etiam vis dolus est, *l.* 7. *ff. ad leg. Cor. de sicar.* & specialem, qua injuriæ illa species intelligitur, quæ fit occultè & per simulationem, distinguiturque à vi quæ aperta est, nec semper cum ea concurrit: quomodo Cicero dicebat, fraudem vulpeculæ vim Leonis esse. Atque in priore significatu dicimus JCtum doli verbum accipere in *d. l.* 2. §. 8. *vi bon. rapt.* nec aliud intelligere, quam eum qui vim infert, pravum & improbum propositum habere, qui dolus apertus est, id est, manifesta malitia & improbitas reipsa & de facto declarata. At nos hic disputamus de dolo in specie dicto, quo intelligitur, qui est in verbis & occultè fit per simulationem. Sed parum proficimus, nisi ratio aliqua afferatur cur eum, qui metu coactus, verbi causa, emit aut vendidit, placeat ipso jure obligari, dolo malo inductum non item: cum non minus vis atque metus consensui, sine quo nullus contractus subsistit, contrarius sit, quàm dolus, *l. nihil consensui.* 116. *ff. de reg. jur.* putamus autem hanc esse rationem, quod in uno enixior & apertior voluntas verè voluntas est, *d. l.* 21. §. *pen. quod met. caus.* sicuti qui navis levandæ gratia jacturam facit, vult se liberari periculo & voluntate enixa, ac seria, *Arist.* 3. *Eth.* 1. Sanè quidem vis est contraria voluntati, sed quatenus causam extrinsecus impellentem spectamus, non quatenus respicimus causam proximam & ipsum volendi & minus malum eligendi actum. Duæ enim hic considerandæ voluntates; una prior, altera vi posterior: quarum priori vis est contraria; posteriori vero tantum abest ut vis contraria sit, ut eam etiam efficiat, ac proinde etiam cum ea consistere queat. Errantis autem & dolo circumventi, ut sit aliqua voluntas, non tamen tam enixa est & certa, quia decipitur. Non possumus dicere planè & omnimodo dolo interveniente tolli consensum, quod temerè Bronchorstius *cent.* 1. *assert.* 57. & alii nonnulli asserunt: nam hoc admisso ne contractus quidem stricti juris dolo causam conventioni præbente ipso jure subsisterent: cum nulli contractus, ac ne stipulatio quidem sine consensu ullius momenti sit, *l.* 1. §. 3. *ff. de pact.* Sed hoc dicimus, etiamsi simpliciter & absolutè non deficiat consensus, tamen cum hic debilior sit, quam in casu objecto, & hæc sit natura contractuum bonæ fidei, ut omnia præstentur ex æquo & bono, & bonæ fidei, quæ in hisce judiciis exuberantissimè requiruntur, maximè repugnet dolus malus, *l.* 5. *C. de resc. vend.* ubi principium est vitiosum & infectum, nempe ubi alter alterum ad contrahendum dolo inducit, talem contractum jure valere non posse: utut stipulationem sustineat verborum solemnitas, mutuum interventus rei, & obligatio uni altera. Et effectu pene idem est, quod Baldus in *l. sub prætextu.* 19. *C. de transact.* ait, dolum in bonæ fidei contractibus excludere qualitatem substantialem (rectius dixisset naturalem) quæ inest à propria & speciali natura contractus, sed in strictis judiciis esse contra qualitatem accidentalem duntaxat & generalem omnium contractuum.

Alterum argumentum Ultramontanorum tale est: Qua ex causa transit dominium, ea non potest censeri ipso jure nulla. At ex contractu bonæ fidei, puta venditione, cui dolus causam dedit, transit dominium: ergo. Major est in *l. nunquam.* 31. *ff. de acq. dom.* Assumptio probatur ex eo, quod nusquam legimus hoc casu dari vindicationem: quæ utique competeret, si dominium translatum non esset. Quinimo ex *l.* 7. *pr. ff. de dol.* perspicuè probatur dominium in casu, de quo agimus transferri: alioqui enim manumissio non procederet, *l.* 10. *C. si advers. libert.* fac. *l.* 10. *C. de resc. & vend.* & miror Bronchorstium id negare *arg. l.* 1. §. 4. *ff. de acq. poss.* ad quam vel puer responderit. Hinc porrò sic colligunt: Ubi non impeditur translatio dominii, ibi multo minus impediri debet nativitas obligationis, per *l.* 4. *ff. de contr. empt.* Atqui ubi dolus causam dedit, &c. Respondet Baldus in *l.* 19. *C. de transact.* ad hunc modum, concedo, inquit, quod fortius impeditur dominium, quam obligatio, quando eadem vel major ratio est impediendi: sed quando ratio ordina-

tur

tur ad obligationem impediendam, non dominium; ibi impeditur obligatio, sed non dominium, ut in sæpius allegata *l. 7. pr. ff. de dol.* Ratio quia non procedunt ab eadem causa: nam obligatio non potest esse sine vero & efficaci contractu, sed dominium potest transferri ex causa putativa; unde non requirit efficaciam præcedentis obligationis. Hactenus Baldus, cujus nimirum hæc sententia est, traditionem ipsam cum animo transferendi dominii factam ab eo, qui saltem putat subesse causam habilem & idoneam, licet nulla subsit, sufficere ad translationem dominii: idque verum esse indicio est indebitum per errorem solutum. Illud enim indebitum est, quod nulla ex causa verè debetur: & tamen si quis errore ductus putans se debere, ex aliqua causa solverit, dominium transfert: quod ex eo liquet, quia ad repetitionem soluti tantum conditionem indebiti habet, non vindicationem *tit. ff. & C. de condict. indeb.* Sic licet matrimonium nullum sit, tamen dos data non vindicatur, sed per condictionem repetitur, *l. pen. C. interd. matrim. int. pup.* Itaque rectè Donellus in *d. l. 5. C. de resc. vend. n. 3.* quod Paulus in *l. nunquam 31. ff. de acq. rer. dom.* scribit: nunquam nudam traditionem transferre dominium, sed ita si justa aliqua causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, ita accipiendum docet, sive revera justa causa præcesserit, sive opinione tradentis.

CAPUT XIII.

An minori 25. annis Doctori juris, si captus sit, sit concedenda in integrum restitutio?

NOn una causa est, ob quam prima facie videtur deneganda minori 25. annis in integrum restitutio. Quid enim si judicio rectè defensus, causa cognita sententia Judicis condemnatus sit, an non obstabit restitutioni auctoritas Judicis & rei judicatæ? Placuit non obstare, ac nihilominus beneficio ætatis minores consequi posse, quod jure communi appellatio interposita præstat maioribus, *l. præses provinciæ 42. ff. de minor. & tit. C. si adv. rem judic.* Quid si decreto magistratus res minoris vendita sit? hic multo minus: siquidem magistratus quanquam vendi rem minoris permittit, pretium tamen decreto suo non comprobat, *l. 2. C. de fidejus. minor. l. siquidem 11. C. de præd. minor.* Sed ne curatorum auctoritas usque eo valet, ut id beneficium, curæ suæ commissis adimant, quod remota hâc auctoritate & sine curatoribus constitutis habituri fuissent, *l. tutor 47. ff. de minor. & tot. tit. C. si tut. vel cur. interv.* Sed finge minorem esse hominem frugi & industrium, magistratum aliosve honores gerere, parentem esse multorum liberorum remque familiarem bene ac prudenter administrare: hæc utique signa sunt non fragilis & infirmi, sed prudentis & maturi consilii. Quid ergo? An non merito hujusmodi adolescentes ab hoc auxilio excluduntur? Placuit nihilominus si capti probentur restituendos per *l. 1. in fin. ff. de minor. l. 2. C. eod. l. 1. C. qui & adv. quos.* Etenim quantacunque huic ætati prudentia tribuatur, semper tamen ei adjuncta est levitas quædam & facilitas, adde & rerum multarum ἀπειρία, Sfort. Odd. *p. 1. qu. 32. art. 3. & 13.* Sichard. *in l. 2. C. de in int. rest. minor. n. 2.*

Quid si doctor juris sit, adeoque non levi juris scientia imbutus? Huic communiter doctores restitutionem in integrum denegandam esse censent, etiamsi in negotio gerendo se læsum esse doceat, teste Oddo, *d. loc. art. 7.* Rationem hujus suæ opinionis hanc afferunt, quod nulla fronte ex errore & imprudentia restitutionem ob defectum ætatis desiderare potest, cujus ætatem supplet juris scientia, nec quisquam id affectare debeat, in quo intelligit vel intelligere debet, imperitiam suam alii periculosam fore, *l. 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Addunt, quod turpe sit, ut Q. Mucius dicebat causas in foro oranti jus ignorare, *l. 2. §. Serv. 43. ff. de orig. jur.* & quod ad jurisconsultos olim, teste Ciceron. *lib. 3. de Orat.* non solum de jure, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referebatur. Atque ita quoque Duar. *in l. 1. C. qui & adv. quos.* Gomez. *2. resolut 14. n. 5.* Bronchorst. *1. miscell. 18.* Cæterum hæ rationes tanti apud me non sunt, ut huic sententiæ subscribere possim. Nihil enim commune habet professio juris & artium cum bonorum administratione & in rebus agendis prudentia, quæ non ex libris, sed usu & experientia comparatur. Benè Cicero in *fin. 2. de offic. De quærenda*, inquit, *de collocanda pecunia, etiam de utenda, commodius à quibusdam optimis viris ad medium janum sedentibus, quam ab ullis philosophis ulla in schola disputatur.* Et quis credat, de fundo emendo, de filia locanda, aliisve hujuscemodi negotiis olim consuli solitos fuisse adolescentes? Quid quod apud veteres non alii, quam clarissimi viri, magnoque rerum usu præditi, & ferè honoribus omnibus & reipub. muneribus perfuncti de jure civibus responsitabant, ut ex eodem Cicerone, *lib. 1. de Orat.* discimus. Putarem itaque nec minorem 25. annis, qui titulum Doctoris juris adeptus

est, si causa cognita captus esse deprehendatur, à solito auxilio removendum, *arg. l. 1. C. qui & adv. quos & arg. l. 1. in fin. ff. de minor.* quo loco Jurisconsultus scribit, non debere adolescentibus ante perfectam ætatem rerum suarum administrationem committi, quamvis bene rem suam gerentibus. Quantacumque enim, ut dixi, adolescentiæ tribuatur peritia, semper tamen obnoxia est captionibus, adjunctaque est huic ætati consilii quædam infirmitas & inconstantia. Odd. *d. art.* 7. Sarmient. 3. *Select. interp.* 12. Fachin. 3. *contr.* 5. Arbitror tamen hoc restrigendum esse ad captionem & læsionem in negotiis, quæ ad juris peritiam, quam adolescens profitetur, nihil attinent, puta si læsus sit ignorantia facti, quæ excusationem mereatur, & maximè in negotiis extra judicium, in emendo, vendendo, in quærenda aut collocanda pecunia, &c. Nam juris ignorantiam allegare causas in foro oranti nimis turpe est, *d. l. 2. §. Servius de orig. jur.* veluti si errore juris exceptionem vel allegationem omisit, quia putabat eam ad merita causæ non pertinere. Cum enim se juris peritum profiteatur, hic desiderium ejus restitutionem propter errorem petentis pugnaret è diametro cum ejus professione: Est autem iniquum & incivile aliquid postulare quod discrepat & alienum est à professione nostra *l. professio. 6. C. de mun. patrim. lib. 10. l. in honoribus, 8. §. philosophis. 4. ff. de vac. mun.* Unde etiam peritiam cujuscumque artis, quam minor profitetur, restitutionem impedire circa negotia ejusdem artis & professionis statuunt, Maurit. *de rest. in int. c.* 223. Odd. *d. art. 7. n. 32. & seqq.*

CAPUT XIV.

An si institutus beneficio ætatis contra aditionem hæreditatis restitutus sit, convalescat substitutio?

VUlgaris substitutio facta extraneo sive puberi sive impuberi post aditam hæreditatem expirat *l. 5. C. de impub. & al. substit.* Sed quid si institutus hæres, postquam adiit hæreditatem beneficio ætatis contra aditionem in integrum restitutus sit, an hic convalescet substitutio, ut jam ex ea admittatur substitutus? Communis Interpretum sententia est, substitutum admitti, dictam *l. 5. C. de impub. & al. subst.* sic interpretantium, si aditio duraverit: restitutione autem impetrata omnia in pristinum statum reponi, Gloss. Cyn. Salic. Don. & alii *in d. l. 5.* Zas. *tract. de substit. c. 1. vers. 2. limitate.* Merend. *lib. 4. contr. C. 9.* Nec hanc sententiam putant destitui auctoritate, proferuntque ad eam stabiliendam *l. 2. §. 2. ff. de vulg. & pup. substit. l. Julianus. 42. pr. l. si minor. 61. ff. de acquir. hær. l. ex contractu. 44. ff. de re jud. l. 7. §. sed & 5. & §. sed quod Papinianus. 10. ff. de minor. l. 1. §. antepen. l. 2. §. si bonorum. 10. ff. ad sen. Tertul.* quibus tamen locis an hæc sententia satis probetur, magna ratio est, cur dubitem: sed de eo mox videbimus. Duo sunt loci, qui in contrariam sententiam me trahunt, quod scilicet hærede instituto post aditam hæreditatem beneficio prætoris se abstinente, substitutus non sit admittendus, *l. ult. ff. de success. edict.* & *d. l. 7. §. sed quod Papinianus ff. de minor.* quæ ab aliis pro contrariæ sententiæ firmamento affertur. In *d. l. ult. ff. de success. edict.* expressè negat Papinianus inferioris gradus cognatum beneficium edicti successorii habere, cum prior cognatus ex propria parte bonorum possessionem accepit, licet ætatis beneficio facultatem abstinendi postea consecutus sit, in *d. l. 7. §. sed quod Papinianus, ff. de minor.* unus tantùm casus à sententia Papiniani dicentis, si minor, cui servus proprius substitutus est post aditionem abstinendi causa restitutus sit, substitutum nec hæredem nec liberum fieri, excipitur, si hæreditas solvendo non est, idque non recto jure; sed ex æquitate rescripti D. Pii & Antonini, ne videlicet bona defuncti nomine veneant. Jam verò nihil est vulgatius, quam quod exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. Neque alia ratione utitur Jurisconsultus quam quod substitutione semel per aditionem extincta substitutus amplius admitti non possit. Atque idem omnino dicendum est de pubere suo hærede instituto, qui accepto substituto ætatis beneficio post immistionem absentus est. Ratio non est obscura, quia non solùm deficit conditio substitutionis instituto hæreditatem adeunte, sed etiam bona testatoris esse desinunt & fiunt hæredis, cujus restitutio alii prodesse non debet.

Examinemus jam & excutiamus singulos locos in contrarium prolatos. Primus est *l. 2. §. 3. ff. de vulg. & pup.* Sed ille locus huc non pertinet: cum hic tractemus de substitutione vulgari facta extraneo aut filio puberi, illic de substitutione pupillari facta filio impuberi, & longè alia quæstio illic decidatur, nempe si minor 25. annis hæres institutus post abstentionem adeundæ hæreditatis gratia restitutus fuerit, confirmari tabulas primas & prætorem utiles actiones ex secundis substituto pupillari decernere, in quo utilitati consulit non tam substituti, quam pupillorum, *l. Julianus. 42. pr. ff. de acq. hær.* qui quidem locus & ipse pro contrariæ sententiæ

assertione affertur, sed eam non magis juvat, quam ille proximè præcedens: quippe cum & isto loco agatur de substitutione pupillari & admittendo substituto, etiam eo casu, quo pupillus hæreditate paterna se abstinuit, & intra pubertatem mortuus est: unde hoc tantùm probatur, quod vulgò dicitur, nuda sui hæredis licet se abstinentis existentiâ confirmari tabulas pupillares, aut potius paternas, ut ex pupillaribus admittatur substitutus. Speciem aliquam habet *l. ex contractu* 44. *ff. de re jud.* Sed neque in *d. l.* 44. agitur de vulgari substitutione facta impuberi extraneo, aut puberi etiam suo, sed impuberi suo hæredi, quam substitutionem non extinguit immistio, si modo postea se pupillus abstineat. Ratio est quia communi jure & sine restitutione in integrum se abstinet pupillus suus, qui se miscuit, *l. in necessariis*, 57. *ff. de acq. hær.* Extraneus autem aut pubes qui adiit aut se immiscuit contra aditionem aut immistionem, non restituitur nisi speciali decreto prætoris causa cognita, *d. l.* 57. *in fin. pr.* quod beneficium non temerè extra personam restituti in alterius favorem extendi debet, *l.* 3. §. *sed utrum* 4. *ff. de minor.* Dici quidem & illud probabiliter potest in *d. l.* 44. pupillum se non immiscuisse, sed nihil interest. Ex *l. si minor.* 61. *ff. de acq. hær.* sic argumentantur; si minoris adeuntis & postea restituti cohæres ad portionem minoris volens admittitur jure accrescendi: multò magis volens substitutus admittendus est; quia substitutio potentior est jure accrescendi *l.* 2. §. *duo* 8. *ff. de bon. poss. sec. tab.* At minoris adeuntis & postea restituti portio volenti cohæredi accrescit *d. l.* 61. Respondeo, alia in proposito est ratio substituti, alia cohæredis: cui scilicet vel propter partem suam, quam acquisivit, concedendum fuit totum agnoscere, vel propter vacantem portionem, quam ut invitus agnoscat, cogi non potest, à toto recedere.

Citatur pro contraria sententia & *l.* 1. §. *antepen. ff. ad SC. Tertull.* item *l.* 2. §. *si bonorum* 10. *ff. eod.* quarum in priore si filius hæreditatem matris adierit ex Orficiano, & per integrum restitutionem abstentus fuerit, agnati matris vocantur ex jure antiquo. Verum id fit ex verbis ipsius senatusconsulti, quæ extensiva sunt, & limitant jus adeundi hæreditatem maternam, ut non obstet agnatis, nisi filius cum effectu hæres sit, *d. l.* 1. §. *antepen. l.* 6. §. 1. *eod.* Eodemque modo respondendum ad alteram, nempe *l.* 2. §. 10 *eod.* Ubi si filius adierit ex jure antiquo & restitutus sit, mater admittitur ex Tertulliano, ex verbis scilicet senatusconsulti, quæ & ipsa extensiva fuisse credibile est. Ad *l.* 7. §. *sed quod Papinianus* 10. *ff. de minor.* jam ante respondimus, eam apertè confirmare nostram sententiam, cum unus duntaxat casus ibi excipiatur in servo necessario minori substituto, si hæreditas solvendo non sit. Atque hujus sententiæ auctores habeo Cujacium & Bus. in *d.* §. *sed quod Papinianus* Duar. *in comm. ad tit. de vulg. & pup. substit.* Govean. 2. *var. lect.* 13. *cap.* 10. Perez *ad tit. C. de impub. & al. sub n.* 7. Bachov. *ad Tertul. vol.* 2. *disp.* 11. *th.* 7. Ubi & bene respondet objectioni desumptæ ex vulgata illa regula, restitutione concessa omnia in pristinum statum reponi: nempe hanc regulam eò duntaxat pertinere, ut intelligamus eum quoque, contra quem minor restituitur, propterea quod in negotio gerendo læsus sit, in pristinum statum respondendum esse: hoc autem nostro casu restitutionem magis in rem fieri videri; neque minorem restitui adversus substitutum; imò nec propriè & verè loquendo substitutum posse dici à minore læsum.

Excluso autem substituto quæritur, utrum hæreditas, ad legitimum successorem pertineat, an fisco vindicetur, illud placet Duareno & Bachovio, hoc Cujacio, Goveano & Busio, quorum sententia videtur verior: quoniam excluso substituto, multò magis exclusi intelliguntur venientes ab intestato; cum utique causa testamenti potior sit successione ab intestato. Deinde quia bona ista per aditionem hæredis, testatoris bona esse desierunt, ut ad ea legitimi ejus hæredes admitti nequeant. Quapropter dicendum bona ista quasi vacantia fisco deferri: & hoc satis abundeque probat *l. ult. ff. de succ. cess. edict.*

CAPUT XV.

An auth. Sacramentum puberum. C. si adv. ven. *pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure?*

Extat constitutio Frederici Imperatoris *l.* 2. *Feudor. tit.* 53. §. 3. quæ inde translata in Codicem Justinianeum sub *tit. advers. vend.* in hæc verba: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel justum metum extorta etiam à majoribus (maximè ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant) nullius esse momenti jubemus.* Quæsitum autem est, an hæc Frederici constitutio pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure, & adversus quos puberibus extra causam juris jurandi necessaria restitutio? Ait Martinus & Citramontani: negat

Bulgarus & Ultramontani: atque hæc lis totam Jurisprudentiæ scholam conturbavit. Ego Martini sententiam veriorem esse puto: & nullus dubito, quin Fredericus secutus auctoritatem Juris Canonici, quod juramentis favet & cujus auctoritas tunc maxima erat, novi aliquid juris & Canonico consentaneum statuere voluerit, utcumque *lib.* 1. *C. eod. tit.* cui *d. auth.* subjecta est, ad contractus jure validos tantùm pertineat. Etenim illi demum actus Jure Canonico simpliciter prohibiti & invalidi sunt, qui offendunt pietatem & nutriunt peccatum, super quibus jurare & ipsum peccatum est, & gravius peccatum, quod juraveris, servare. Et cum igitur jure civili minores restitui possent, etiam adversus ea, quæ rite gesta per tutores & curatores, *tit. C. si tut. vel cur. int.* imò licet ex Decreto Judicis gesta essent, puta prædium minoris ex Decreto venditum, *l. si quidem.* 11. *C. de præd. min.* Imperator Alexander in *l.* 1. *C. si adv. vend.* excepit, nisi isti contractus juramento sint confirmati. Cæterum loquitur Alexander de contractibus validis. Fredericus autem hoc adjecit, ut etiam contractus invalidi à minore celebrati jurejurando accedente confirmentur. Non tamen utique omnes, sed ii tantum qui invalidi sunt, propter solam ætatem, qui si à majoribus gesti essent, jure rati forent, & efficaces, veluti si minor sine curatoris consensu contrahendo se aut res suas obligavit, aut alienavit, aut res soli sine decreto distraxit. Sed & lex civilis conventionem, quæ ratione objecti est ἀδιάφορος, privatæ tantùm utilitatis contemplatione valere non patiatur, qualis est donatio inter conjuges, & quæ excedit quingentos solidos, renuntiatio futuræ successionis, transactio facta de rebus testamento relictis, non inspectis testamenti tabulis, &c. ad talem quoque conventionem *de auth.* pertinere arbitror, eamque juramento à minore confirmatam inviolabiliter servandam, perinde ac Jure Canonico obtinet in majoribus, siquidem eo jure & defectum ætatis juramentum supplet, & sponte præstitum omne sine exceptione servandum, quod nihil impietatis, turpitudinis, aut iniquitatis continet, *C. quamvis de pact. in* 6. At si actus aliquis aut contractus à majore celebratus ideo non valet quia tendit ad injuriam aut detrimentum alterius, qualis est renuntiatio senatusconsulti Macedoniani, alienatio fundi dotalis aut rei, cujus ususfructus penes patrem est, talem contractum à jurejurando robur accipere nec Canones patiuntur, quamvis à majoribus interposito, ac multò minùs, si conventio ideo improbetur, quia natura turpis est, & contra bonos mores, ut loquuntur, juris Canonici: quoniam jusjurandum non debet esse vinculum turpitudinis aut iniquitatis. *C.* 1. *ext. de jurej. C. inter cætera* 22. *quæst.* 4. *C. non obligatorium de reg. jur. in* 6. atque in eo jus Canonicum & civile inter se conveniunt, *l.* 7. §. *& generaliter*, 16. *ff. de pact.* Itaque quamvis *d. auth.* non pertineat ad negotia omnibus prohibita jure communi, nec ad actus vetitos ex naturali & perpetua causa, putamus tamen eam quoque pertinere ad negotia, quæ jure speciali certis tantùm personis prohibita propter privatum aliquod incommodum, licet secus sit jure civili, *l.* 5. *C. de legib.*

Urget in contrarium Bulgarus verba *d. auth. super contractibus rerum suarum non retractandis.* Sed non oportet verba captare præsertim in constitutione Principis Germani: & interdum illa quoque retractari & revocari dicuntur, quæ de facto processerunt, licet de jure effectum non sint sortita, *l.* 5. *C. de resc. vend. l.* 1. *C. qui man. non poss. junct. pr. Inst. qui & ex quib. ca. man.* Illud futile est, quod quidam objiciunt, Ecclesiam eodem jure quo minores censeri, quæ tamen adversus contractus juratos Prælati vel Episcopi restituatur, *C.* 1. *de test. in integr. in* 6. *C. præsertim de testib. in* 6. quasi vero unquam quisquam negasset minori concedendam esse restitutionem adversus contractum juratum curatoris sui? Objicitur denique quod minor sine curatore suo non potest aut creditori suo jusjurandum deferre, ut se obliget, aut debitori, ut eum liberet, *l. nam postea quam* 9. §. *si minor.* 4. *l. jusjurandum.* 17. §. 1. *ff. de minor.* unde dicendum videtur nec permittendum ei esse, ut sine curatore ipse per jusjurandum obliget, & conditionem suam faciat deteriorem. Respondeo, cum leges jusjurandum à minore deferri nolunt, id eas quidem agere, ut extra damnum eum conservent, verum ita ut nullam impietatem ejus foveant; quam non fovent, ubi non ipse minor, sed creditor ejus aut debitor jurant. At si juramentum ab ipso minore præstitum violari paterentur, à damno quidem eum liberarent, sed impietatem ejus foverent. Præstat autem damno eum affici, quàm impium fieri.

Quamvis autem hæc ità probabiliter pro tenore hujus *auth.* disputari possunt, ea tamen plerisque nimis rigida & infirmæ ac captionibus expositæ ætati perniciosa visa est: diciturque Henricus VII. filius Friderici cui Papa Honorius III. hanc *auth.* extorsit, eam aboliturus fuisse, nisi morte fuisset præventus. Utut sit, vix ullibi locorum concepta est, videsis Busium *ad l.* 13. *ff. de minor.* Gudelin. *lib.* 3. *de jur. noviss.* 14. Christin. *vol.* 2. *decis.* 125. *& vol.* 5. *decis.* 225. Grœneweg. *de legib. abrog. ad h. auth. & ibi alleg.* Ant.

Fab. C. *suo for. tit de in integr. rest. min. & tit. si adv. vendit.*

CAPUT XVI.

Utrùm unum tantùm, an duo sint genera arbitrorum similitudinem Judicum habentium?

JUdicium dividi solet in necessarium & voluntarium: cæterùm hæc distributio non est generis univoci, sed πρὸς ἕν. Nam arbiter propriè Judex non est; cum privatorum consensus Judicem non faciat, *l. 3. C. de jurisd.* sed partes Judicis suscipere dicitur, *l. Pomponius 13. §. 2. ff. de recept. arbitr. l. rem non novam 14. §. de judic.* & arbitria ad similitudinem judiciorum redigi, judicia imitari, *d. l. 14. l. 1. ff. de recept. arbitr.* Nimirum præter judicium propriè dictum, quod omne necessarium est, & eorum, qui publica judicandi auctoritate præditi sunt, est & voluntaria quædam contendendi ratio extra jurisdictionis necessitatem posita apud eos, ad quos ex consensu & compromisso itur, qui Judices compromissarii & plerumque arbitri nominantur; quæ & ipsa ad sopiendas lites pertinet *d. l. 1.* Hoc voluntarium judicium ex re arbitrium, ex facto litigatorum compromissum appellatur: quia litigatores compromittere, id est, simul & invicem pœnam promittere solent, si quis eorum sententiæ arbitri non steterit. *l. 3. §. 2. l. litigatores 11. §. 1. l. 1. & seq. ff. eod. tit. l. 1. C. eod.*

Duo autem genera arbitrorum; Interpretes nostri ferè faciunt, quorum unum sit eorum, qui propriè arbitri, alterum, qui arbitratores dicuntur, *arg. l. societatem 76. ff. pro soc.* quorum illi tanquam Judices servato judiciorum ordine procedant, hi sine solemnibus litem amicè ex bono & æquo componant, *vid. Gail. 1. obs. 150.* Sed ego existimo totum hoc esse commentitium & à ratione juris civilis planè alienum quod & jam olim suspicatus est Jacobus teste Barr. *in d. l. societatem ff. pro soc.* & ex recentioribus apertè docuit Corasius *lib. 4. miscell. cap. 18.* ac novissimè solidè demonstravit Bacchovius *ad tit. ff. de recep. arb. c. 1. n. 2.* Etenim nusquam legimus arbitratorem adhiberi, ut Judicem, ad controversiam aliquam sine forma judicii sua sententia dirimendam, sed tantùm intervenire & adhiberi ut nudum mediatorem, idque in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit: veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces certæ personæ arbitrio definienda permittatur, *l. si coita sit. 75. cum seqq. ff. pro soc. l. ult. C. de contr. empt. l. si merces 25. pr. ff. locat.* aut si modus restituendi, *l. si quis 43. ff. de verb. oblig.* vel legati relicti quantitas, vel aliquarum rerum electio, vel monumenti effectio in arbitrium alicujus conferatur, *l. 1. §. 1. de legat 2. l. 6. ff. de cond. & dem. l. ult. §. 1. C. comm. de legat.* Nullus autem locus dari potest, quo lis aliqua arbitratoris interventu decisa dicatur. Et ideo dubitandum non est, quin etiam die festo arbitrator quod sibi videtur, statuere possit, *arg. l. 8. C. de feriis.* quamvis arbiter tali die non magis quam judex, possit sententiam ferre, *l. 3. l. 7. C. eod.* Sed & cum arbitrator aliquid statuit, quod manifestè iniquum est, ad arbitrium boni viri, id est, judicis, res redigi, constitutoque judicio pronunciatum corrigi potest, nimirum per ordinariam actionem vel exceptionem, *d. l. societatem, & l. unde si Nervæ 79. ff. pro soc.* adeoque etiam in contractibus stricti juris, *d. l. si libertus. 3. ff. de oper. libert. l. §. 1. de legat. 2.* Donel. *ad d. l. si quis. 43. ff. de verb. obl. n. 16.* Bachov. *d. loc.* ut frustra disputent Doctores in *d. l. societatem* quis judex hic pro reductione adeundus sit. Nihil itaque commune habent arbitratores isti cum arbitris compromissariis: nam neque arbitrium dicere, si nolint, coguntur: & tunc velut conditio contractus deficit, id est, non recurritur ad arbitrium alterius, quasi arbitrium boni viri electum esset, sed nihil actum esse intelligitur *d. l. si coita 75. ff. pro soc. d. l. ult. C. de cont. empt. d. l. si quis 43. ff. de verb. oblig.* contra quam in testamentis, in quibus plenius voluntates interpretamur, *l. 12. ff. de reg. jur.* contrarium observetur, & sive is in cujus arbitrium legatum collatum est, arbitretur, sive arbitrari nolit aut non possit, semper legatum utile sit, quasi collatum in boni viri arbitrium, *l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.* Sed neque arbitratores hi usquam dicuntur recepti, neque ad eos pertinet edictum prætoris de his qui arbitrum receperunt, ut sententiam dicant. Unde intelligimus, inanem quoque esse Interpretum disputationem quærentium quamdiu & usque ad quod tempus reductio ab arbitramento ad arbitrarios peti possit, licet Bartolus in *d. l. societatem. n. 22.* dicat quæstionem hanc requirere decisionem Principis. Nam cum jus petendi reductionem à pravo & manifestè iniquo arbitratoris arbitrio ad arbitrium boni viri sit personale, & petatur per actionem ordinariam, consequens est illud jus non nisi triginta annorum spatio præscribi, *per l. 3. C. de præscr. 30. annor.* A sententia autem arbitri compromissarii, quam barbaro vocabulo *laudum* appellant, reductio petenda est intra decem dies, ut in appellatione

fieri debet, cujus ea reductio quædam species est *l. pen. verf. fin autem post sententiam. §. de recept. arbitr.* Tractatur hæc questio apud Gail. *lib.* 1. *obs. c.* 150.

CAPUT XVII.

An litis contestatio aliter, quàm negativè ex parte rei fieri possit?

ANtiquitùs certæ actionum defensionumque formulæ à Jureconsultis erant compositæ, 2. §. *deinde* 6. *ff. de orig. jur.* quas necesse erat in jure apud prætorem præeuntibus jureconsultis à litigatoribus pronuntiari, quibus qui vel syllaba deerrasset, causa cadebat, de quo adi Pet. Fab. 1. *semestr.* 21. Rævard. *c.* 2. *de auct. prudent.* Negotio autem solemniter exposito, in id, quod intendebatur respondebaturque, testes ultro citroque adhibebantur, unde litis contestationis nomen, auctore Festo in voce *contestari add.* Cujac. *lib.* 9. *obs.* 21. Pet. Fab. 2. *semest.* 24. Rævard. *lib. sing. pro tribunal. c.* 11. A magistratu, qui aditus erat, exigebatur, ut judicium conciperet, & litigatoribus postulantibus daret, id est, agendi potestatem faceret. Id perficiebatur hac formula judicii reddita, siquidem ipse prætor rem suæ cognitioni reservabat. *Si paret Titium Mævio dare facere oportere, de eo judicium est, quo Titius condemnetur.* Quod si alium judicem prætor dabat, quod plerumque faciebat, pro his verbis *judicium est*, dicebat verbi causa, *Aquilius Judex esto, & Titium condemnato.* Reddebatur autem judicium eodem tempore quo lis contestabatur, unde factum, ut in usu juris idem exprimant post litem contestatam & post judicium acceptum: nec ante contestatio pro justa habebatur, quam judicio esset incusa. Dato autem judice & judicio ordinato utraque pars invicem denuntiabat: ut ad judicem datum venirent, & ad eos, qui propter tribunal assistebant, hæc verba pronuntiabant, *Testes estote, &c.* iisque verbis dicebantur actor & reus litem contestari. Apud Prætorem igitur contestatio fiebat: judicis autem officium lite demum contestata incipiebat, *l. si reus.* 73. *ff. de proc.* de quo fusius Rævardus ubi supra. Hæc monuisse vel eo conducit, ut ratio loquendi, quæ inde nata est, intelligatur. Nam ut prætor judicium dabat, reddebat, constituebat, ita litigatores judicium accipere, subire, suscipere dicebantur, cum potestatem causæ agendæ à prætore impetrassent, *l.* 2. §. 3. *l.* 3. *l. sed. & si* 52. *ff. de judic.* Atque ex eo est, quod judicio dicitur contrahi, *l.* 3. §. *idem scribit.* 11. *ff. de pecul.* Cæterum hæ formularum angustiæ una cum actionum impetrationibus pridem sublatæ sunt *tit. C. de form. & impetrat. act. sublat.* Testationis quoque solemnitatem etiam multo ante sublatam fuisse arguit *l. un. C. de lit. contest.* ut deinceps nihil ad rem pertineat, quibus verbis quave formula quis agat: dummodo verbis utatur aptis & rei propositæ convenientibus; solaque maneat nunc litis contestatio, quæ cedat pro judicio dato & constituto, cum judex per narrationem negotii causa audita decernit, ut in eam rem probationes efferantur, *d. l. unic.* quæ cum sit Severi & Antonini, apparet jam tum veterem contestationem ut in usu non fuisse.

Cum autem ad litis contestationem hæc requirantur, propositio actoris, & ad eam propositionem responsio sive contradictio rei, *l.* 2. *pr. C. de jurejur. propt. calumn. l. rem non novam.* 24. §. 1. *C. de judic.* rectè mihi sentire videntur, qui asserunt litis contestationem à parte rei non aliter, quam negativè fieri posse. Nam cum intentio actoris semper sit affirmativa, necessariò sequitur litis contestationem, quæ in contradictione posita est, non nisi in negatione à parte rei consistere posse. Ac proindè verissimum est, quod Vigel. *c. l. de lit. contest.* Obreth. *c.* 2. *n.* 16. docent, per simplicem concessionem rei nunquam induci posse litis contestationem, quoniam ubi lis non est, nec fingi potest litis contestatio: lis autem esse non potest, nisi unus affirmet, alter neget. Denique qui ultrò se hosti dedit, certare velle dici non potest: Itaque nihil hic restat, quam ut Judex confitentem solvere jubeat, & ad id terminum statuat, ut bene *Salic. in d. l. un. C. de lit. cont. n.* 10. Dixi autem per confessionem simplicem: secus enim est si confessio implicitam habeat vel præsumptivè secuturam & reservatam contradictionem, veluti si confessus nihilominus ad ulteriora procedi postulet.

Objicitur hic nobis *d. l.* 2. *C. de jurejur. propt. cal. dand.* ubi ad litis contestationem desideratur duntaxat narratio actoris & responsio rei: unde colligunt qualemcumque responsionem rei ad litem contestandam sufficere, sive ea in affirmando, sive in negando consistat. Sed hanc collectionem quis pro bona accipiat, & non potius dicat talem ubi intelligi à parte rei desiderari responsionem, qualem litis contestatio & contradictio exigit? Fallitur quoque *Gædd. in l. litis* 36. *ff. de verb. sign.* dum per objectionem exceptionis confessioni subjectam litis contestationem affirmativè à reo fieri putat, veluti si dicat, fateor, sed pactus es, ne peras: talis enim objectio vi ipsa in se continet debiti & intentionis

negationem: si quidem negatio aut affirmatio non ex verbis rei, sed ex intentione actoris in proposito æstimanda est. Quid quod nec per simplicem exceptionis objectionem videtur induci litis contestatio, per c. 1. & 2. de lit. contest. in 6. Nam utique lis omnis & omne certamen in contradictione consistit: nuda autem exceptionis objectio contradictionem non parit: quoniam utrumque verum esse potest, & quod actor intendit sibi deberi, & quod reus excipit, pactum intervenisse. Planè si actor hic non consistat; sed replicando se pactum esse neget, jam quidem lis certo contestata est, & quidem affirmante reo, actore negante; sed hic reus excipiendo & asserendo vices subit actoris, actor replicando & negando rei. *l. 1. ff. de except. l. in exceptionibus. 19. ff. de probat.* Sed & si reo excipiente actor porrò in causa procedi postulet, satis eo ipso exceptioni rei contradicere videtur, & quod à reo dictum est, resolvitur in puram negotiationem: atque hactenus eorum sententia defendi potest, qui statuunt per objectionem exceptionis introduci litis contestationem. Illud omni dubio caret, per objectionem exceptionis quam vocant deficientis actionis statim induci litis contestationem: veluti si reus confiteatur quidem actionem aliquando actori competiisse, sed eam nunc ei competere neget, quia actio ipso jure sublata sit, pura solutione, acceptilatione, rei interitu: cæterùm talis allegatio propriè exceptio aut depulsio non est, sed inficiatio cum novi facti affirmatione conjuncta: inter quam & simplicem inficiationem hoc tantum interest, quod simplex inficiatio nihil apertè in judicium deducit, neque ulla hic incumbit neganti probatio. In conjuncta autem novi illa facti affirmatio in judicium deducitur, ac proindè à reo probanda est, *l. 1. C. de probat.* sed litis contestationem æquè inducit, ac simplex illa & mera facti inficiatio, quia principaliter eò spectat, ut ostendatur verè negare reum actionem actori competere, in quo omnes Interpretes conveniunt.

CAPUT XVIII.

An in controversiis de possessione aut rei proprietate solus locus rei sit forum competens, an verò & locus domicilii rei?

INter conditiones idonei Judicis una est, ut sit competens. Competentem Judicem sic generaliter definimus, cujus de ea re, de qua agitur, non potest, & proindè apud quem quis agere vel convenire debeat, sive cujus sit forum competens, hoc est, litigatorum proprium: Forum autem competens aut est ex partium consensu & prorogatione jurisdictionis, aut ex sola juris auctoritate. De foro ex consensu partium sunt textus in *l. 1.* & *2. ff. de judic. l. si convenerit 18. ff. de jurisd.* Juris auctoritate & invitus quisque forum sortitur, tùm ubi domicilium habet, tùm ubi contracta est obligatio aut crimen commissum, tùm ubi res sita est, de cujus possessione aut proprietate agitur, *l. hæres 19. §. 1. §. 2. & ult. ff. de jud. l. 2. C. de jurisd. l. ult. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de poss. l. un. C. ubi d. hæred. l. 1. & l. 2. C. ubi de crim.* Igitur etiam res, ut dixi, si de ejus possessione aut proprietate agatur, subjicit possessorem jurisdictioni ejus Judicis, in cujus territorio res sita est, quamvis neque domicilium ibi habeat, neque ibi contraxerit, *d. l. un. C. ubi de possess. d. l. ult. C. ubi in rem act.* Hic enim non tam personæ, quam rei ratio habetur; & ideo quoque superiorem eodem respectu inferioris jurisdictionem subire, & Academicum de re in loco studii sita conventum ad Rectorem revocare non posse plerique tradiderunt, Monach. *pr. jud. p. 2. c. 6. nu. 60.* Vult. *ad l. un. C. in quib. ca. milit. for. præsc.* eademque ratione receptum est, ut ex hac causa etiam clericus coram judice seculari conveniri possit, Gail. 1. *obs.* 37. *n.* 4. Mynsing. 1. *observ.* 22.

Sed quæritur, an præter illum locum, ubi res sita est, sit etiam alius ubi quis de possessione aut proprietate rectè conveniatur, nimirum locus domicilii. Et si quidem de possessione, ut de ea primum dicam, momentaneo processu, qui extraordinarius est, agatur, veluti in casu *l. si coloni. 14. C. de agric. & censit. lib. 11.* aut simili, vix crediderim locum esse alium, qui forum tribuat, quam rei sitæ, eo quod processus ille momentaneus ob id instituitur, ne partes ad arma deveniant, quod solet fieri in ipso loco, ubi res de cujus possessione contenditur, sita est, &

ne fiat, solius judicis, in cujus territorio sita est, interest. At verò si ordinario processu de possessione agatur, probarem communem Doctorum sententiam existimantium etiam alibi quam in loco, ubi res sunt sitæ, de possessione agi posse, nimirum eo in loco ubi conveniendus habet domicilium, idque reo etiam invito, ut actori facultas sit eligendi utro loco reum convenire volet, quanquam actualem possessionem nemo nancisci, nisi in loco rei sitæ potest, *l. 1. §. pen. ff. de acq. hær. l. un. pr. C. ubi de hæred. ag.* adde quæ Grœneweg. *tract. de leg. abrog. ad tit. C. ubi de poss.* Atque hæc sententia tot locis probatur, quot legimus domicilium tribuere cuique forum competens & actorem sequi forum rei, quacumque actione agatur, ut disertè rescriptum est in *l. ult. C. ubi in rem. act.* id autem semper habet reus in loco domicilii. Unus ferè Donellus *l. 17. com. c. 7.* ab hac sententia recessit contendens non solùm de possessione in loco, ubi res est, agi posse, sed etiam ibi agi debere, si reus ibi secum agi postulet: solùm hunc locum necessitati subjiciens; locum autem domicilii relinquens, non ut Interpretes communiter, arbitrio actoris, sed rei, *arg. l. un. C. ubi de poss.* Sed ad istam legem bene respondetur vulgò, loqui eam duntaxat de foro proprio & speciali, ac proinde per istum textum non excludi forum omnium actionum commune, in quo scilicet, quisque conveniri potest quacumque ex causa, quale tribuit locus domicilii, *l. 2. C. de jurisdict. l. ult. C. ubi in rem act.* Sic in *l. un. C. ubi fideicommiss. pet.* dicitur fideicommissum ibi petendum esse, ubi hæreditas relicta est, non quod alio loco peti non possit; sed quia eo loco conventus agenti præscribere non potest, *l. si fideicommissum 50. §. ult. cum l. seq. ff. de judic.* Objicit Donellus & difficultatem quandam, atque incommodum quod circa executionem sententia lata ab alio Judice, quam cujus in territorio res sitæ sunt, parit: quam eandem difficultatem movet & in articulo sequenti cum de rei proprietate contenditur, ubi ad eam respondebimus.

In controversiis quoque de proprietate sive actionibus in rem speciale forum tribuit locus, in quo res, de quarum proprietate lis est, constitutæ sunt, quamvis possessor ibi domicilium non habeat, *l. ult. C. ubi in rem act.* Est autem & hic constans ferè omnium Interpretum sententia, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro omnium actionum communi, vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, constitutæ sunt, per text. express. in *d. l. un. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de hær. ag.* Fac. *l. 10. cum seq. ff. de rei vind.* Sed hic item Donellus, ut nunc loqui amant, singularis est, afferens in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi; sed unum tantùm esse forum rei, locum scilicet ubi sitæ sunt, ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium pati. Dictum autem textum in *l. ult. C. ubi in rem act.* cavillatione quadam eludere conatur: eo quod Imperatores ibi non simpliciter permittunt actionem in rem moveri, ubi res constituta est, sed moveri jubent, quasi verbis istis necessitatem ibi agendi imponant. Si hoc unum juberent Imperatores, rectè argumentaretur Donellus: sed cum vel ipso fatente duo jubeant, primum actorem rei forum sequi debere quacumque actione experiatur, sive in rem sive in personam, atque per hoc forum eodem quoque fatente non aliud intelligi possit, quam quod reus sortitur ex loco domicilii sui. Deinde si in rem agatur, etiam ibi ubi res constituta est, agi jubeant, *vers. sed & in locis d. l. ult.* quis non videt duo diversa loca ab Imperatoribus poni, quibus in rem actio moveri queat, & forum possessor sortiatur, locum domicilii, quasi forum commune actionum omnium & locum rei sitæ, ut forum actionum in rem proprium. Præcipuum autem opinionis suæ fundamentum ponit Donellus in *l. quod legatur 38. ff. de jud.* & sanè apertè Jurisconsultus illic ait, si per in rem actionem legatum petatur, ibi peti debere, ubi res est: sed non dubito, quin id speciale sit in re legata, eo quod legatario sufficere debeat, si hæres, à quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco ubi res est, offerat solutionem, de qua etiam & ipsa rei legatæ præstatione præcipuè Jurisconsultus tractat: ut, proindè non malè responderi posse videatur, id quod Jurisconsultus ait: *etiam ibi peti debet, ubi res est*, vim & effectum solutionis respicere: quia si alibi petatur, hæres tamen eo loco, ubi res est eam solvere potest, quanquam alii aliter. Accurs. *in d. l. 38* Duar. *ad tit. de judic. c. de for. compet.* Hotom, *lib. 3. obs. 7.* Fuse Vultej. *ad l. un. C. ubi fideic. pet.*

Quæ porrò hic incommoda Donellus objicit, nimirum facilè evenire posse, si possessor in loco domicilii conventus, jubeatur rem quæ alibi sita sit, restituere, ut nova lite pro rei executione opus sit, ea objectio non est magni momenti. Nam præterquam quod omnes magistratus inferiores mutuam sibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, incommoda hæc non tam esse possessoris, cui etiam commodius esse solet in loco domicilii sui conveniri, quam petitoris, qui sibi imputare debet, quod

maluit

maluit cum incommodo suo agere in loco domicilii possessoris, quàm rei sitæ. Quid quod idem incommodum etiam in actionibus in personam metui potest, in quibus & ipsis plerumque res aliqua præstanda venit, & quæ ob eamdem causam & ipsæ in loco rei sitæ duntaxat intentari deberent. Postremò, quod apprimè notandum, non est ex ratione Juris Romani in judiciis realibus ordinaria hæc procedendi atque exequendi via, ut possessori restituere jusso, nec parenti res ipsa manu militari auferatur: sed ut damnetur, quanti petitor in litem juraverit, *l. ejus rei. 46. & l. seqq. ff. de rei vind. l. 5. l. tutor. 8. ff. de in lit. jur.* quamvis id moribus Galliæ & nostris vix observetur, Zypæ. *in not. jur. Belg. de jurejur.*

CAPUT XIX.

An querela inofficiosi testamenti sit species petitionis hæreditatis?

TEstamentum inofficiosum est, in quo liberi aut parentes, aut fratres & sorores contra officium pietatis vel exhæredati sunt immeritò, vel immeritò præteriti; modo testamentum jure consistat, & nec his debita legibus portio relicta sit. Quod testamentum ut inofficiosum accusare possunt, & postulare, ut id tanquam tale rescindatur, qui iniquè se exhæredatos aut præteritos queruntur hoc colore quasi non sanæ mentis fuerit, qui testamentum ordinavit, *l. 2. l. 5. §. 1. l. Titia 13. ff. de inoff. testam.* & *pr. Inst. eod.* ac proinde quasi testamenti factionem non habuerit, *l. qui repudiantis, 17. §. 1. ff. eod.* qui color hic quæsitus fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim tabularum, quæ liberam undequaque testandi potestatem patrifam. concedit. *l. verbis. 120. ff. de verb. sign. per instit. de leg. Falc.* Pro eodem autem dicunt veteres, agere, queri de inofficio, arguere, accusare, dicere inofficiosum, quæ legentibus passim in titt. hujus argumenti obvia, ut & nomina querelæ, actionis, accusationis: nullo tamen nomine crebrius hoc judicium designatur, quam querelæ. Quid ergo est ne querela & ipsa actio? Sanè est, licet plerique statuant non esse, sed remedium aliquod ab actione separatum, sive implorationem tantùm officii judicis nobilis, út loquuntur, eo pertinens ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hæreditas vindicari queat. Sed non est, quod dubitemus affirmare, quod tot locis scriptum est, querelam ipsam actionem seu petitionem esse, perque eam, sic impugnari testamentum, ut simul vindicetur hæreditas. Qui dicit inofficiosum, eum Papinianus ait, hæreditatem petere, *l. 8. §. quoniam 8. ff. de inoff. testam.* Scævola petitionem hæreditatis exercere, *l. qui de inofficioso. 20. ff. eod.* Paulus in *l. eum qui 21. §. 2. ff. eod.* ait per querelam inofficiosi evinci hæreditatem. Ulpianus vindicari facultates, *l. si instituta 27. §. 3. eod.* Triphonius filium exhæredatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hæreditatis *l. pen. ff. de bon. poss. cont. tab.* Imperatores Severus & Antoninus ex causa inofficiosi testamenti hæreditatem peti, *l. 3. C. de petit. hæred.* Justinianus hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui, *l. si quis filium 34. C. de inoff. testam.* Atque hinc est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, *l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. pr. ff. eod. l. 2. C. eod.* hoc enim alio pertinet, quàm ut is, qui ex causa inofficiosi hæreditatem petit, hæres esse videatur: quanquam in suis hæredibus hæc possessio non est necessaria, uti nec aditio, *d. l. 7. junct. l. in suis. 14. ff. de suis & legit.* de quo consule Vigil. *ad rubr. & §. 1. Instit. de inoff. testam.* Duar. *c. 8. ad eund. tit.* Govean. *lib. 1. var. lect. c. 1.* Quamobrem si quis à me petat ut quid sit querela inofficiosi testamenti, obiter definiam, dicam esse speciem petitionis hæreditatis, qua & testamentum rescindi postulatur, & simul vindicatur hæreditas, tanquam ab intestato delata cum Duar. *d. loc. c. 10.* Vigil. *ad d. rubr. n. 6.* Donel. 19. *comm.* 3. Vaud. 2. *var. quæst.* 24.

Communis verò interpretum nostrorum schola existimat, querelam esse judicium præparatorium, quo aditus patefiat ad judicium universale seu petitionem hæreditatis; sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis; atque ita duo hìc esse judicia, quorum alterum scilicet querela, præcedat; alterum petitio hæreditatis sequatur, quod verum non est: siquidem esse titulus inofficiosi causa est, ex qua vindicatur hæreditas, *l. 3. C. de petit. hæred.* neque duo hìc judicia sunt, sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul petitur hæreditas, sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur, & simul res vindicatur de quo disseruimus, *cap.* 10. Equidem fateor, querelam in multis differre à petitione hæreditatis simplici, de qua agitur, *tit. de petit. hæred.* sed ex eo non sequitur, per eam non peti hæreditatem, aut eam speciem petitionis hæreditatis non esse. Proferuntur autem duo potissimum argumenta quibus effici videtur querelam inofficiosi testamenti, petitionem hæreditatis non esse: quæ

qualia sint, videamus. Primum tale est; Petitio hæreditatis datur solum adversus eum, qui cum hæres non sit, pro hærede prove possessore possidet, nunquam adversus hæredem, eumve, qui pro hærede est, bonorum puta possessorem aut fideicommissarium, *l. 9. & seqq. ff. de hæred. petit.* At querela datur adversus hæredem scriptum, contra fideicommissarium, cui restituta est hæreditas, *l. 1. C. de inoff. test.* contra præteritum qui accepit bonorum possessionem contra tabulas, *l. pen. ff. de bon. poss. cont. tab.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso hæredem, hæredem non esse, utique cum eo agi non tanquam cum hærede, sed tanquam qui hæres non sit, utpote scriptum ab eo, qui testamenti factionem non habuisse judicatur, *l. qui repudiavit 17. ff. de inoff. testam.* & proinde eum teneri, quasi pro hærede aut pro possessore possideret, ut disertè ab Imperatoribus Severo & Antonino responsum est de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hæreditas, *l. C. eod. tit.*

Alterum argumentum est hujusmodi: Omnis petitio hæreditatis aut est ex testamento, aut ex causa intestati, *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de hæred. petit.* Querela autem inofficiosi ex neutra causa est: non ex testamento, quia datur iis, qui testamento exclusi sunt: non ab intestato, quia quandiu testamentum extat, & ex eo adiri hæreditas potest, causæ intestati non est locus, *l. quandiu 39. ff. de acq. hæred.* Sed quid hic respondendum sit, patet ex responsione ad objectionem præcedentem, nimirum querelam inofficiosi esse petitionem quandam hæreditatis delatæ tanquam ab intestato: quia prætenditur color dementiæ testatoris, qui ob id testamenti faciendi jus non habuerit: uti & revera si judex testamentum inofficiosum esse pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus omnia perinde habentur, ac hæreditas nunquam adita fuisset, *l. 6. §. 1. l. eum qui 23. §. 2. ff. de inoff. test.* Stet igitur hæc sententia querelam etiam ipsam actionem esse, & nimirum speciem quandam petitionis hæreditatis, qua vindicatur hæreditas tanquam ab intestato delata ex causa inofficiosi testamenti. Atque cum hac sententia ferè vi ipsa convenit, quod Joan. Fab. & alii ad *pr. Inst. d. tit.* notant, posse querelam cum petitione hæreditatis cumulari. Obiter addo, posse & per modum contradictionis seu per exceptionem, querelam induci, veluti si exhæredatus sit in possessione hæreditatis, & hæres scriptus hæreditatem petat, *l. 8. §. si filius 13. ff. eod. tit.* adeoque & liberum esse exhæredato simplici petitione hæreditatis experiri, atque ita querelam inducere per modum replicationis. Paul. *lib. 4. sent. tit. 5. & ibi* Cujac. Illud non est magni momenti, quod quidam eo, quod petitio omnis ex causa peculii profectitii aut adventitii filio competens, patri datur etiam filio invito, *l. 8. §. 3. C. de bon. q. lib.* querelam autem pater filii nomine instituere non possit, *l. 8. pr. ff. de inoff. testam.* colligunt querelam non esse actionem aut petitionem. Nam hujus rei peculiaris est ratio: quia querela non competit nisi filius cujus solius injuria est, *d. l. 8. in pr.* ostendat sibi displicere factum parentis, à quo exhæredatus est, & id invito filio, non magis pater quæri potest, quàm invitum cogere, ut hæreditatem adeat: adde, quod querela remedium est extraordinarium, & quodammodo odiosum: ac proinde tale, quod personæ exhæredati cohæreat. Duar. *cap. 8. tit. de inoff. test.*

CAPUT XX.

An in querela inofficiosi locus sit edicto successorio?

EDictum successorium est, cum liberis, qui primo loco ad successionem vocantur; repudiantibus admittuntur legitimi, & rursus his repudiantibus cognati: item cum repudiante proximiore agnato vel cognato admittitur sequens, *l. 1. §. quibus 10. & §. seq. ff. de success. edict.* Est autem huic edicto locus in bonorum possessione deferenda, ubi tabulæ testamenti nullæ extant, & ab intestato defertur hæreditas, de quo, *d. tit. de success. edict.* & præcipuè *d. l. 1. §. 10. & 11. & l. 1. & l. 2. C. eod.* Quæritur autem, an huic edicto successorio etiam locus sit in querela inofficiosi testamenti, hoc est, an si is, qui prior admittitur ad accusandum, nolit aut non possit accusare, sequens admittatur. Et placuit admitti, ut successioni sit locus, teste Paulo in *l. pen. pr. ff. de inoff. test.* & talis casus est, qui deciditur in *l. neptem. 7. C. eod. tit.* Cæterum hoc in iis tantum procedit, qui si eos nemo ordine aut gradu præcessisset, statim citra ullum edictum successorium querelam movere potuissent, si videlicet exhæredati fuissent, aut præteriti, nemine eos præcedente in causa successionis ab intestato. Igitur hi præterito exhæredatove, qui præcedebat, agere nolente, aut non valente, victove, admittuntur ad accusationem ordine successorio ex propria sua persona proprioque jure suo. Exemplum habemus in *l. pater. 14. ff. eod. tit.* ubi proponitur casus hujusmodi. Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo in potestate retinuit. Emancipatus suscepto postea filio, utroque filio ex-

hæredato, patre præterito decessit. Hic ordo postulat, ut primo loco ad querelam admittantur filii: Quod si illi non querantur, vel questi in judicio succumbant, succedit pater, atque intentio ejus, quæ antea in suspenso erat, impletur. In hoc enim & similibus casibus, qui præcedebant obstabantque, ne sequens ordo aut gradus ad accusationem admitteretur, jam pro mortuis habentur, & paria habentur non extare, & extare quidem, sed queri amplius non posse. Non obstat quod hæres scriptus jam sententia judicis declaratus sit hæres: nam id verum quidem est ratione primi accusantis: sed sententia illa inter alios jus non facit. *l. sæpe constitutum 63. ff. de re jud. & tot. tit. C. res int. al.act.vel jud.al.non not.* Sed nec illud obstat, quod nepos in querela contra patris testamentum præfertur avo, ejusque causa potior est, unde dicendum videatur, si scriptus à patre hæres vicit filium defuncti, eundem magis debere vincere patrem ejus, per regulam: Si vinco vincentem te, multò magis vinco te. Etenim non eadem hic est vincendi ratio. Filius quidem defuncti potior est avo suo defuncti patre in eo, quod in successione ab intestato prior est causa liberorum. At filius judicio victus est, quia justè exhæredatus judici visus, quem oportet non minus bene merita avi perpendere, quam delicta & malè merita nepotis, quæ avo nocere æquum non est, *arg. l. 3. §. si emancipatus ff. de bon. poss. cont. tab.* Similiter & fortiori quidem ratione, *arg. l. nam & si 15. pr. ff. de inoff. test. l. 7. §. 1. ff. unde lib.* si filius à patre exhæredatus querelam repudiaverit, aut ea instituta judicio victus sit, aut quomodo agere non possit, nepos ex eo natus admittitur ad querelam ex propria sua persona, *l. pen. pr. ff. de inoff. testam. d. l. 3 §. emancipatus. §. in fin. ff. de bon. poss. cont. tab. arg. l. 7. ff. de his qui sui vel al. jur.* nec hic spectari debet an jam nata fuerit querela filio, an verò ante querelam delatam decesserit: quoniam nepos non ex ea succedit quæ filio delata est; sed ex persona propria: eodem planè modo, quo filio deficiente vel repudiante ex successorio edicto ad bonorum possessionem unde liberi admittitur nepos, *l. 1. §. quibus 10. ff. de succes. edicto.*

Cæterum non caret hæc postrema species omni scrupulo. Objicitur primum *l. si quis posthumo. 2. §. 1. ff. de lib. hær. & post. inst.* ubi Paul. scribit, si filium exhæredavero, nepotemque ex eo præteriero & extraneum hæredem scripsero, & filius post mortem meam licet ante aditam hæreditatem decesserit, nepotem succedendo non rupturum testamentum; & ita Julianum, Pomponium & Marcellum respondisse; idemque in nepote posthumo præterito & filio exhæredato juris esse Ulpianus auctor est, nempe hunc nepotem filio post mortem patris deliberante hærede instituto de adeunda hæreditate defuncto, testamentum avi agnascendo non rumpere, *l. 6. pr. ff. de injust. rupt. irr. test.* Itaque hic filius exhæredatus obstat nepoti præterito: & obstat, ut Papinianus ait, jure testati, quamvis nihi obstet, jure intestati, id est, quominus hic nepos scripto hærede repudiante atque ita testamento destituto ab intestato suus hæres avo existat, *l. scripto 7. ff. unde liberi. d. l. 6. pr. vers. plane si ff. de injust. rup. l. 1. §. sciendum 8. ff. de suis & legit. hær. §. cum autem. 7. & seq. Inst. de hær. quæ ab intest.* Respondeo, obstat filius nepoti in casibus supra memoratis, ne nepos præteritione sui rumpat testamentum avi, id est, ne nepos agnascendo aut quasi agnascendo ipso jure testamentum avi evertat, quantumvis natus ex filio suo hærede à patre exhæredato. Atque ita procedunt loci modo citati. Et sic etiam nepos ex filio emancipato eoque exhæredato natus ob sui præteritionem non admittitur jure prætorio ad bonorum possessionem contra tabulas, *l. 4. §. 1. ff. de bon. poss. cont. tab.* Quippe hic filio, qui exhæredatus est, satisfactum est, valetque ipso jure testamentum, etsi nepos præteritus sit: nec scripto hærede adeunte potest nepos in locum sui hæredis succedere, ex capite secundo legis Velleiæ, quoniam mortis tempore eum filius præcessit, *l. Gallus. 29. §. sequenti 13. ff. de lib. & post. l. si quis filium 34. C. de inoff. test.* nec ad bonorum possessionem contra tabulas admitti; quia præteritio nepotis hoc casu pro exhæredatione est, & prætor exhæredatos non agnoscit, *d. l. 4. §. 1. junct. l. 8. pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* Attamen querela huic nepoti non denegatur, quando filius queri aut non vult, aut non potest: quippe hic admittitur nepos ex edicto successorio, quoniam ipse immeritò præteritus est: quo casu testamentum quidem valet, quia præteritio ista vice exhæredationis est: cæterum admittitur ad querelam, quæ datur adversus testamentum ipso jure validum: & licet per exhæredationem filii satisfiat formæ & solemnitati internæ, quæ jure civili ad sustinendum testamentum sufficit, non tamen satisfit juri naturali, non pietati, non officio paterno vel avito. Neque verò hæc contraria sunt, testamentum non rumpi, & tamen adversus id, ut inofficiosum, dari querelam: ut enim querela competat, necesse est testamentum non rumpi. §. 2. *Instit. de inoff. test.* Facilius verò querela datur, quam testamentum rumpitur: ratio est, quia rupti testamenti jus statim vitiatur, nec ex eo locus unquam patet scriptis hæredibus. At potest querela competere: ut tamen nihilo magis testamentum rescindatur.

Secundò objicitur *l. si quis filium* 34. *C. de inoff. test.* quo loco Justinianus ait, nepotem olim ubi filius exhæredatus non præparata querela decessisset omne adjutorium dereliquisse, cum tamen sententiam nostram ex jure veteri defendamus: Justinianus autem disertè jus vetus corrigit, primusque constituit, ut filius querelam etiam non præparatam transmittat ad nepotem, ut nepos in hac causa à vetustate neglectus, à suo inquit, rigore recreetur. Et nominatim excipit quatuor casus, quibus filio ante querelam præparatam mortuo, nepotem à querela removet juri antiquo convenienter. 1. Si probet hæres scriptus filium exhæredatum ingratum fuisse. 2. Si filio certa quantitas minor legitima parte relicta sit; tunc enim nepotem vult agere ad supplementum quartæ. 3. Si filius querelam repudiavit. 4. Si filius per quinquennium tacuit, ita ut querelæ præscriptum sit. Ergo jure veteri secus se hæc res habuit, filioque non præparata querela mortuo nepos sine exceptione exclusus fuit. Respondemus, Justinianum eo loco non agere de nepote ex propria persona accusare volente, sed loqui de transmissione querelæ, id est, eo casu, quo nepos ex persona patris sui querelam movere vult, & tunc locum habent quatuor illæ exceptiones. At nos agimus de nepote, qui ex propria sua persona accusare cupit ex edicto successorio; quod & olim nepoti licuisse dicimus, & nunc etiam licere, nec ei obesse ingratitudinem patris, nec ejusdem repudiationem, aut ejus quinquennale silentium. Et liberum itaque nepoti erit vel ex persona patris agere ob transmissam ad se querelam ex *d. l. si quis filium. C. de inoff. testam.* quod & interdum ipsi utilius esse potest, puta si nepos ex justa causa sit præteritus, pater autem immeritò exhæredatus: vel ex persona sua, si melius faciliusque de sua, quam patris pietate docere possit. Atque ita ferè post Azonem, Bartolum, Dyn. Castrensem. Costallius & Anton. Rubeus, ad *l. pater* 14. *ff. eod. tit.* Donellus 19. *comm.* 7. & *ibid. in not.* Oswald. Hillig. Dissentiunt Bachovius ad *Treutl. disp. de inoff. testam. thes.* 4. Alciatus *lib. 4. paradox. c.* 16. fluctuat, ut & alii ferè Gomezius 1. *var. resol.* 11. *n.* 21. hanc quæstionem altam & subtilem vocat, licet & ipse dissentiat, victus iis objectionibus, quas nos videmur prorsus removisse.

CAPUT XXI.

An liberi justè exhæredati connumerentur in computatione legitimæ, seu an cæteris partem faciant?

QUæstionis hujus sensus est, an liberi justa ex causa exhæredati re ipsa adhuc inter liberos annumerentur; perindeque habeantur, ac si partem suam accepissent, ad eum nimirum effectum ut cæterorum legitima minuatur, & tanta nec major sit, quam quanta fuisset nemine exhæredato? Veteres uno verbo hoc dicunt partem facere. Quæstio non minus, quam illa superior & proximè præcedens, alta, profunda & difficilis, de qua consultus Raphaël Cumanus non habuit, quod responderet, teste Jasone in *auth. novissima. C. de inoff. test.*

Dynus & Salicetus in *d. auth. novissima* putant eum, qui justè exhæredatus est, non connumerari, id est, in computatione legitimæ partem non facere. Igitur secundùm hanc sententiam, si pater unum ex duobus filiis meritò exhæredaverit, alteri exhæredato legitimam reliquerit, hujus legitima erit quadrans, non sescuncia, hodie triens, non sextans. Bart. in *l. pater filium* 14. *ff. de inoff. test.* contra putat eum, qui justè exhæredatus est, connumerandum, & in computanda quantitate portionis legitimæ partem aliis facere, proinde ex Bartoli sententia, si pater ex duobus filiis alterum justè exhæredaverit, alteri autem legitimam reliquerit, is cui legitima relicta est, habebit duntaxat sescunciam, hodie sextantem, per. *l.* 8. §. *quoniam autem* 8. *ff. de inoff. testam.* Alii putant melius esse si media hic via ineatur, ut quantitas legitimæ statuatur ex facti contingentia, & quidem si exhæredatus repudiaverit querelam, aut eam instituerit quidem, sed judicio victus succubuerit, magis esse ut hoc casu partem non faciat, sed pars ejus accrescat fratri in legitima instituto, *per l. filio* 16. *pr. ff. eod.* quippe hunc demum justè exhæredatum dici, qui non potest amplius cum successu queri, & ad eum propterea quod hujusmodi exhæredati pro mortuis habentur per *l. qui repudiantis in fin.* 17. *ff. de inoff. test. l.* 1. §. *sed & si* 5. *ff. de conjung. cum emanc. lib.* 1. *si post* 10. §. *liberi* 4. & §. *seq. ff. de bon. poss. cont. tab.* & sic procedere sententiam Dyni & Saliceti. Cæterùm si exhæredatus nec repudiaverit querelam, nec post eam motam victus sit, hoc casu, quia nondum appa-

ret, utrum partem aliquam sit accepturus, nec ne, interim partem eum facere, argumento du-cto à contrario sensu ex *d. l. qui repudiantis*, *&* *l. si ponas* 23. §. *ult. de inoff. test.* atque hoc modo defendi posse opinionem Bartoli.

Pendet autem decisio hujus tam arduæ quæstionis ex alia huic affini & tantum non eadem; nimirum an & quando in querela inofficiosi locus sit juri accrescendi? quam ob causam è re erit de ea prius cognoscere, quam quid certi definiamus de proposita. Equidem si quis cum duos haberet filios, utrumque exhæredavit, & utrique legitimam reliquit, hoc casu frustra disputatur de jure accrescendi aut parte facienda: quoniam neuter vel inofficiosum testamentum dicere potest; vel ad supplementum agere. Sed ponamus casum diversum. Pater duos habens filios utrumque exhæredavit, & neutri legitimam reliquit. Hoc casu cum uterque queri possit, si unus tantum querelam moveat, alter interim partem facit, ita ut ille qui queritur, tantum semissem hæreditatis petere debeat; ita tamen ut si alter postea accusare nolit, aut tempore exclusus sit, pars ejus accrescat ei, qui egit & obtinuit, *l. filio* 16. *l. si ponas*. 23. §. *ult. ff. de inoff. test.* & hoc de eodem casu agit Paulus in *l. qui repudiantis* 17. *ff. eod.* ubi ait eum, qui repudiavit querelam, partem non facere his, qui ideo quod legitimam non habent, querelam movere volunt. Quod si tamen alteruter in solidum egerit, antequam alter querelam repudiasset, & casu aliquo obtinuerit, puta quod scriptus hæres eum non repellebat: alteri etiam, qui non repudiavit, victoria proderit, arg. *l. 6.* §. 1. *ff. eodem.* Ponamus rursus alium casum. Pater è duobus filiis exhæredatis alteri duntaxat legitimam reliquit, alteri nihil: atque ita satisfecit primo, non autem secundo. Secundus non queritur, sed primus, & dicit sibi non esse relictam integram legitimam: cum enim secundus, qui solus queri potest, non queratur, ait sibi quasi nunc soli filio deberi quartam omnium bonorum, non sescunciam aut quartam semissis. Hic, inquam, primus, cui portio legitima relicta est, neque querelam movere potest, neque ex constitutione Justiniani ad supplementum agere. Ratio est, quia factum illud patris legitimam secundo exhæredato non relinquentis non debet prodesse primo, qui portionem debitam habet. Et hoc casu exhæredatus alteri partem facit: quia scilicet necesse est eum alteri partem facere, cum ejus deficientis portio alteri quartam habenti, ac propterea querela excluso, per quam solam ad hæreditatem poterat pervenire, accrescere non possit, & hic est casus, qui tractatur in *l. 8.* §. *quoniam* 8. *ff. de inoff. testam.* Quod si exemplum ad jus τῶν νιαρῶν accommodare velimus, ponendus casus, quo pater extraneo hærede scripto unum ex filiis in legitima instituit, alterum exhæredavit; & sic porrò. Atque hæc quidem ita procedere fatentur, qui mediam, quam dixi, sententiam sequuntur, si secundus, qui legitimam non accepit, taceat, & querelam, quam movere potest, non instituat. At secus esse existimant, si secundus repudiaverit querelam, aut in ea victus sit, aut præscriptione quinquennali exclusus: tunc enim primo sescuncem non sufficere ad legitimam, sed ei deberi quadrantem, aut nunc trientem: ac proinde jure veteri, quia integra legitima ei relicta non est, de inofficioso agere, & totam hæreditatem vindicare posse, *l. qui repudiantis.* 17. *l. si ponas* 23. §. *ult. ff. de inoff. test.* Ex constitutione autem Justiniani quia utique partem legitimæ habet, superesse ei actionem ad supplementum, *l. omnino* 30. *C. eod. tit.* Cur autem secundo repudiante querelam, aut ea quocumque modo amissa, primus jam rectè de inofficioso agat, ad suppletionem petat, hanc esse rationem, quia secundus postquam queri posse desiit, pro mortuo habetur, *per d. l. qui repudiantis in pr. fin. ff. eod l.* 1. §. *sed & si* 5. *ff. de conjung. cum emanc. lib.* Sed malè mea quidem sententia: Nam juri accrescendi locus dari non potest, nisi ab initio utriusque querela competierit. Si verò unus exhæredatorum querela ab initio exclusus sit, eo quod legitima ei relicta, huic alter; qui non queritur, partem facit non modo interim & quandiu alter adhuc queri potest: sed etiam quando queri posse desiit. Sic enim Ulpiani hanc quæstionem decidentis in *l. 8.* §. *quoniam* 7. *ff. de inoff. test.* hæc verba *an exhæredatus partem faciat, qui non queritur, &c.* accipienda sunt, nempe qui non queritur omnimodo, sive quia semel agere noluit, sive quia judicio victus aut tempore exclusus est. Omnino enim distinguendum est inter querelam, in qua locus est juri accrescendi, & legitimam relictam, in qua non item, V C qui habet mille in bonis & duos filios, utroque exhæredato, sed uni 125. nomine legitimæ relictis decessit, quæ quarta pars est portionis ab intestato huic uni debitæ. Jus ita fuit, ut cui legitima integra relicta esset quocumque titulo, querela excluderetur: si verò vel minimum deesset, admitteretur, in quo utroque aliquid postea innovatum. Si igitur is, cui vel nihil vel minus relictum, & qui ob id queri de inofficioso potest, non queratur, an per hoc alter querelam nanciscatur, quam non esset habiturus priore querente? Sic visum mediæ sententiæ auctoribus: quia cum remoto fratre jam solus sit: nomine legitimæ jam illi debeantur 250. sed contra deciditur in *d. l. 8.* §. *quoniam.* scilicet nihil amplius eum consecuturum, & per illa 125.

quæ ipsi nomine legitimæ relicta sunt, querela excludi. At pone utrumque exhæredatum & neutri quid legitimæ nomine relictum esse: hoc casu si unus non queratur exclusus repudiatione vel tempore, is alteri partem non facit, ac proinde alter, cui querela integra, testamentum in totum subvertit, atque ex asse ab intestato succedit.

Ex his jam, opinor, apparet, quid statuendum sit de quæstione proposita, utrum is, qui justè exhæredatus est, inter liberos adhuc numeretur, ita ut partem iis, quibus legitima relicta est, faciat nec ne? nimirum numerari & in computatione legitimæ partem aliis facere secundùm sententiam Bartoli. Ratio solida, quia nulla hic est conjunctio, ac proinde nec jus accrescendi. Etenim ritè & justè exhæredatus nec ad hæreditatem vocatur ex testamento, quippe quo exclusus est: neque ab intestato, quia ad successionem intestati venire non potest, nisi testamento per querelam everso. Sed nec prætor exhæredatione notatos ad bonorum possessionem contra tabulas invitat, *l. non putavit. 8. ff. cont. tab.* Adde quod cum adversus patrem ingratus fuerit, commodum ejus partis hæredis esse debet, cujus esse pater voluit. Juri vero accrescendi tunc locus est, quando quid de portione deficiente fieri debeat, nec lex nec testator cavit. Hic autem testator voluit eam acquiri hæredi instituto, *per l. si pactum 9. ff. de probat. auth. hoc amplius C. fideicmm.* ac justa est patris voluntas quoad hunc filium ingratum. Aliud est, si utrumque filium immerenter exhæderavit, & alter non agat: quia tunc voluntas ejus ratione utriusque filii injusta est. Denique delictum unius non debet prodesse alteri. Non obstat, quod alicubi dicitur exhæredatum pro mortuo haberi: id enim verum est quantum attinet successionem ejus à quo exhæredatus est: cæterum non est trahendum extra terminos suos: nec argumentum ductum à bonorum possessione contra tabulas, in qua exhæredati nunquam petentibus partem faciunt: nam cum exhæredati à contra tabulas bonorum possessione, tanquam peregrini, in totum arceantur, nec partem ibi facere possunt. Sed quando unus de inofficioso queri potest, justè exhæredatum ei partem facere dicimus, sed tunc quando alter ob id quod legitimam accepit, nullum jus de inofficioso agendi & legitimam hæreditatem petendi habet. Ita rectè post Bartolum Donellus *lib. 19. comm. l. 9. &* Hilligerus *in not. ib.* Bachov. *ad Treutl. disp. de inoff. test. thes.* 15. atque hanc opinionem, ut saniorem laudat Pet. Greg. Tolosanus, *lib. 44. syntagm. c. 5. n. 7.* Diss. cum Dyn Salicet Sichardus *in d. auth. novissimam* 27. De filiabus statuto exclusis res minus dubia: quoniam cum filiæ extantibus masculis statuto in totum exclusæ, nullum jus succedendi aut querendi habeant, partem facere non possunt, sed perinde hujus effectus intuitu habentur, ac si non essent: & intelligitur statutum voluisse cæterorum portionem augere. Bachovius, *ut suprà.*

CAPUT XXII.

Legitima sitne bonorum quota, an hæreditatis? & an recipiat ullum gravamen?

AD neutram harum quæstionum simpliciter aut affirmando aut negando responderi potest. Nam ad priorem quod attinet, si ponamus filio justè exhæredato legitimam esse relictam titulo singulari, tunc utique legitima non hæreditatis, cujus nullam partem exhæredatus obtinet, sed bonorum quota est, ut & quarta ex constitutione divi Pii, *l. 2. §. 1 ff. fam. ercisc. §. 3. Inst. de adopt.* Idemque dicendum est, si institutus quidem sit filius, sed aut in re certa adjuncto ei cohærede simpliciter scripto vel ex parte assis, aut certis rebus contentus esse jussus sit, quo casu legatarii loco habetur, ut neque actiones hæreditarias exercere, neque à creditoribus hæreditariis conveniri queat, *l. pen. C. de hæred. inst. §. si quis 9 Inst de fideic. hæred. l. si legatus 30. ff. multum interest. 3. ff. ad Senat. Treb.* At ex diverso si filius hæres institutus sit vel in ipsa legitima quæ olim erat quarta pars debitæ ab intestato portionis hodie ejusdem portionis triens aut semis pro numero liberorum, *Nov. de trient. & semiss.* vel ex parte aliqua hæreditatis, puta ex uncia, sextante, &c. hic ut filius revera hæres est, ita & legitima erit quota hæreditatis. Fieri enim non potest, quin ea pars, quam tanquam hæres jure hæreditario habeo & titulo institutionis, sit pars hæreditatis: Male igitur Gail. *2 observ. 119. num. 12. & obs. 120. num. 2.* post Salicetum alios in *l. scimus 36. in fin. C. de inoffic. testam.* generaliter & simpliciter definit, legitimam esse quotam bonorum, eo quod accipitur deducto ære alieno, *lib. 8. §. quarta 9. ff. de inoff. testam.* & bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum 39. §. 1. ff. de verb. sign.* Inepta ratio: nam & in ponenda ratione legis Falcidiæ ante deducitur æs alienum, *§. ult. Inst. tit. de leg. Falc.* cum tamen in confesso sit, quartam Falcidiæ esse partem hæreditatis, atque in eam nihil imputari, quam quod hæres

jure hæreditario capit, *l. in quartum 91. pr. ff. ad leg. Falc.* Antequam enim summa constituatur, unde legitima aut quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiri, quid in patrimonio & bonis defuncti sit habendum: siquidem ex eo filius legitimam, τὸ νόμιμον μέρος, hæres quartam habere debet. Ex eo autem non sequitur, filium ex portione legitima institutum, eam portionem non habere jure hæreditario aut tanquam partem hæreditatis, ut nulla onera hæreditaria sustineat. Sed hic nobis via aperitur ad quæstionem alteram, nempe an legitima recipiat ullum gravamen.

In hac quoque quæstione distinctio adhibenda est, & primum discernenda onera quæ ex dispositione testatoris proficiscuntur, ab iis, quæ exurgunt ex ipso jure hæreditario. Non recipit legitima ullum onus aut gravamen, quod ex testamento vel ex ulla alia dispositione testatoris oriatur, *l. quoniam 32. C. de inoff. testam.* Et ratio est, quia legitima non ex judicio testatoris, sed ex provisione legis debetur, cui consequens ut gravamen legitimæ impositum, pro non adjecto habeatur, Fac. *d. l. 32. & auth. novissima C. eod.* Gail. *2. obs. 119. n. 2.* Et igitur non poterit legitima gravari fideicommisso, vel alio substitutionis onere: in tantum, ut nec nuda ejus proprietas liberis relinqui queat deducto usufructu. Cujus rei hæc ratio est, quia si usufructus aliis relinqueretur, differretur legitimæ præstatio contra *d. l. 32.* & mirum est dissentire Cæpollam *c. utel. 21.* cum disertis verbis Justinianus constituat, ut filius legitimam pleno jure habeat, nec sufficiat nudam legitimæ proprietatem filio relinquere, sed necesse sit simul relinquere ipsum jus utendi fruendi, *Nov. 18. c. 3. aut novissima C. de inoff. testam.* Atque hoc modo accipiendum est, quod identidem inculcatur; legitimam non recipere ullum onus, dilationem, moram, modum, aliudve gravamen, *l. omnimodo 30. d. l. quoniam 32. d. l. scimus 36. C. de inof. testam.* nempe non recipere, ex voluntate aut dispositione testatoris, neque hic refert jure hæreditario legitima obtineatur, atque ut pars hæreditatis, an ut quota bonorum. Cæterum quod attinet ad ea onera, quæ ex ipso jure hæreditariæ portionis emergunt, ea haud dubiè etiam ad portionem legitimam pertinent quando ea obtinetur titulo institutionis, & jure hæreditario, veluti cum filius ex ea aut parte aliqua assis institutus est: quamvis secus sit, cum ea obvenit ut pars bonorum; quod evenit, cum filio justè exhæredato relicta est, aut si institutus quidem sit filius, sed in re certa adjecto cohærede indefinitè, aut ex parte hæreditatis scripto, ut supra diximus. Sed utique, quando filius, ut hæres legitimam obtinet, consequens omnino est, ut ad eum quoque onus æris alieni pro rata hæreditatis parte pertineat. Similiter nec quartæ Trebelliani potest ullum opus imponi ex dispositione testatoris, nec ea fideicommisso gravari potest, & tamen hæres fiduciarius pro rata parte sustinet onus æris alieni, & pro quadrante à creditoribus hæreditariis conveniri potest, *C. sed quia 7. Inst. de fideic. hæred.* Nullam autem neque hic quarta senatusconsulti, neque illic triens aut semis legitimus diminutionem patitur. Non obstat, quod legitima dicitur accipi deducto ære alieno *l. 8. §. quarta 9. ff. de inoff. testam.* Id enim pertinet duntaxat ad eam computationem, qua ad calculum revocatur quantum sit in legitima, nihilque aliud eo significatur, quam quod in computatione bonorum defuncti ineatur etiam ratio æris alieni, ut sciri possit, quantum eo deducto legitimæ nomine debeatur, non quod filius hæres in ea portione institutus non teneatur pro rata respondere creditoribus hæreditariis. Sic in ineunda ratione quarta Falcidiæ etiam initur ratio æris alieni, *§. ult. Inst. de leg. Falc.* non ob id, quod hæres nomine æris alieni à creditoribus hæreditariis conveniri nequeat, sed tantùm ut sciatur quantum testator in bonis habuit, unde Falcidia deducenda: in bonis autem id solum habere intelligimur, quod deducto ære alieno superest. *l. subsignatum. 29. §. 1. ff. de verb. sign.*

CAPUT XXIII.

Petitio hæreditatis an detur contra possidentem titulo singulari?

PEtitio hæreditatis est actio in rem, qua hæreditatem nostram & per hæreditatem res singulas hæreditarias petimus ab eo, qui quid earum pro hærede vel pro possessore possidet. Competit igitur ei hæc petitio, qui hæreditatem, quam petit, suam esse intendit, utpote vel ex testamento vel ab intestato sibi delatam; & sibi sive per se, sive per alios acquisitam, *l. 2. l. 3. ff. de hæred. petit.* esse hanc petitionem actionem in rem plerisque locis diserte traditum est, *l. sed & si 25. §. propen. ff. de hæred. petit. l. 1. l. sin autem. 27. §. 3. ff. de rei vind. l. 1. §. ult. ff. si pars hæred. petit.* Cæterum ita in rem est, ut tamen habeat præstationes quasdam personales *d. l. 25. § propen.* propter quas mixta personalis appellatur, & demum 30. annorum præscriptione sum-

movetur, *l. 7. C. de pet. hær.* & inter bonæ fidei judicia numeratur, *§. actionum. 28. Inst. de action.* licet cæteræ in rem sint arbitrariæ *§. præterea 31. inst. eod.* Datur adversus eum, qui quid hæreditarium pro hærede prove possessore possidet, dolove malo fecit, quominus possideret, *l. 9. l. 13. §. pen. l. sed & si 25. §. perinde 8. ff. de tit.* Pro hærede possidere dicitur, qui putat se hæredem esse *l. pro hærede 10. ff. eod.* Pro possessore possidet tùm prædo, qui nullam aliam causam affert, quam quod possideat, *d. l. 10. §. 1. & 2. ll. seqq. eod.* tùm is, qui affert quidem aliquam, sed injustam & inutilem: omnibus enim titulis inutilibus hic pro possessore hæret & adjunctus est; id est, omnes hi tituli recipiunt & in se habent titulum pro possessore, ut qui eos allegat, pro possessore possidere, & hæreditatis petitione teneri intelligatur, *l. nec ullam 13. §. 1. ff. eod.* ubi obiter notandum, etsi omnis prædo pro possessore possideat, non omnem tamen, qui pro possessore possidet, prædonem haberi, veluti si titulum, licet inutilem, alleget, *d. l. 13. §. si quis 8. ff. eod.* add. Gœd. *ad l. 109. de verb. sign. n. 7. & seqq.* Quod si quis justo aliquo titulo rem hæreditariam possideat, veluti pro empto vel donato, res vindicanda est speciali in rem actione, quæ simpliciter adversus quemcumque possessorem datur, *l. 7. C. eod. tit. l. 4. C. in quib. ca. cess. long. temp. præscr.* Hanc autem dissimilitudinem peperit dissimile jus petitorum. Nam qui speciali actione in rem agit, aut dominus est, aut jus affine dominio habet, cui semper æquum est rem restitui. Semper enim dominus plus juris habet in re sua, quam quilibet etiam justissimus possessor, *l. 9. ff. de rei vind. l. 3. C. eod.* At qui hæres est, non idem continuò & dominus rei hæreditariæ. Quid enim si defuncto commodata sit, aut apud eum deposita. Equidem fieri posse non nego, ut hæres idem sit, & dominus: sed quia contra etiam fieri potest, ut si is dominus, qui rem pro emptore, pro donato, pro legato possidet, in pari causa possessor potior haberi debet, *l. in pari. 128. ff. de reg. jur.* I.D. *ind. l. 9.* Sichard. *in l. 2. C. eod.* Zas. *parat. ff. eod. n. 7.* Sed enim hoc ipso quod quis hæres est, plus juris habet, quàm is, qui pro hærede possidet, aut pro possessore, sive causam suæ possessionis afferat, sive non. Nec verò alios titulos possessio hæreditatis admittit, cum nemo alius nominis jurisque hæreditarii controversiam faciat: nisi qui pro hærede vel pro possessore possidet, *d. l. 9. de hæred. petit. l. 7. C. eodem.* Cujac. 10. *obs.* 1.

Atque hoc quidem jus in directa petitione hæreditatis perpetuum est. Utilis autem petitio hæreditatis datur bonorum possessori, quæ vocatur possessoris hæreditatis petitio, item fideicommissario, id est, ei cui ex senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas; quæ fideicommissaria hæreditatis petitio: ac de utraque tituli proprii in ff. Ex contrario quoque utili petitione tenentur, bonorum possessor non verus id est, qui putat se bonorum possessorem esse cum non sit, *l. pro hærede. 11. ff. eod.* 6. fideicommissarius, qui hæreditatem à falso hærede accepit, *d. l. nec ullam 13. §. sed & si 6. ff. eod. l. 1. C. de inoff. test.* Item emptor, qui hæreditatem aut partem universi juris emit à non vero hærede *d. l. 13. §. si quis 8.* Sed ita demum emptorem conveniri placet, si aliter res petitori salva esse non potest, aut si non expediat petitori hæreditatem à venditore peti, quem directa petitione teneri certum est, *d. l. 13. §. quid si quis 4.*

Excutiamus jam, quod in quæstione est, an petitione hæreditatis teneatur, qui quid hæreditarium possidet titulo singulari? Non una autem hic utendum distinctione. Possessor aut nullum titulum allegat, qui in specie dicitur pro possessore possidere, aut allegat titulum, sed universalem, scilicet pro hærede: & uterque ac petitione tenetur: aut allegat titulum singularem, & hunc vel in universitate sive hæreditate aut parte hæreditatis, & nonnullo casu utili petitione hæreditatis, ratione objecti sic dicta, conveniri potest, *d. l. 13. §. quid si quis 4. ff. l. 2. C. eod.* vel in re singulari, & hunc iterum vel provenientem ex actu inutili & jure invalido, veluti si quis rem ab uxore donatam pro donato se possidere dicat, aut pro dote, quam accepit ab impubere sibi nupta, & tenetur tanquam possidens pro possessore, *d. l. 13. §. 1.* vel ex actu utili & jure valido, puta eo, quod se rem emisse, aut sibi donatam legatamve esse, atque hisce titulis se possidere affirmet: & non tenetur sive bona sive mala fide possideat, *l. 7. C. de petit. hæred. l. 4. C. in quib. cas. cess. long. temp. præscr.* Illud porrò hic cavendum, ne confundamus possessorem rei singularis cum possessore titulo singulari: hic enim petitione hæreditatis non tenetur, etiamsi, ut modo dixi, possideat mala fide, sed res ab eo vindicanda est speciali in rem actione: ille verò hac actione tenetur, tametsi bonam fidem habeat, seque hæredem esse putet. Finge unam aliquam rem hæreditariam & vel minimam pro hærede ab aliquo possideri, is hac petitione tenetur non minus, quam si totam hæreditatem ejusve bonum partem eodem modo possideret, *l. 9. & l. seq. in pr.* Ratio est, quod is, qui vel unam rem hæreditariam pro hærede tenet, possidet totam hæreditatem & universi juris successionem sibi asserit, aut asserere potest, ac proinde hic etiam universalis actio institui debet, licet executio

tantum

tantum fiat in re unicâ possessa. Cacheran. *decis.* 84. Semper enim & principaliter in hanc petitionem venit hæreditas; at per consequentiam etiam singulæ res hæreditariæ: ut in definitione expressum est, *l.* 7. §. *ult. ff. de except. rei judic.*

CAPUT XXIV.

An ei, qui non possidet, actio aliqua jure prodita sit, qua consequatur impensas in rem alienam factas?

De qualitate impensarum, quæ in rem alienam, fructuum quærendorum aut colligendorum conservandorumve gratia factæ sunt, non est laborandum, cum hæ omnes citrà ullam distinctionem ab omnibus possessoribus deducantur, *l. si à domino* 36. §. *ult. ff. de hæred. petit. l.* 7. *pr. ff. solut. matrim.* ubi hæc ratio à veteribus redditur, quod fructus non intelligatur, nisi quod deductis impensis superest. Ubi verò in rem ipsam impensæ factæ proponuntur, hîc illa tripartita impensarum distinctio constituenda est, quod aut necessariæ sunt, aut utiles, aut voluptariæ *l.* 1. *ff. de impens. in rem dot. fact. l. impensæ* 79. *ff. de verb. sign.* quia non omnium in deductione eadem ratio. Necessariæ sunt, quæ si factæ non essent, res aut interitura fuisset, aut deterior futura. Utiles, quæ fructum quidem augent, sed quibus non factis, res non minus integra foret. Voluptariæ quæ speciem, τὸ εἶδος duntaxat ornant, sine ulla utilitate, *d. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. 5. 6. *&* 7. *de impens. in rem dot. d. l.* 79. *per tot. tit. de verb. sig.* ubi & exemplis hæ definitiones illustrantur. Necessariarum impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam iis, qui mala fide possident, *l. planè.* 38. *pr. ff. de hær. petit. l.* 5. *C. de rei vind.* quoniam hæc deductio non personæ possidentis, sed causæ tribuitur, ne scilicet petitor cum damno possessoris, (cui nulla hoc nomine culpa objici potest, quod rem alioqui perituram servavit) lucrum faciat, *d. l.* 38. *ff. de hæred. petit.* Non obstat, *l.* 1. *C. de infant. expos. l. ex argento* 13. *ff. de cond. furt.* loquuntur enim de rebus mobilibus & fure, cujus conditio propter continuationem furti non debet melior fieri, *l. inficiando.* 67. §. 2. *ff. de furt.* Fachin. 1. *controv.* 34. In utilibus autem servandis melior est conditio bonæ fidei possessoris, quam possessoris malæ fidei. Bonæ fidei possessor, qui in rem alienam utiles impensas fecit, v. c. in aliena area ædificium posuit, eas deducere, id est, servare potest per retentionem opposita doli mali exceptione, si dominus rem suam vindicet, non oblata restitutione pretii materiæ & impensarum, *l. sumptus.* 48. *ff. de rei vind. d. l.* 38. *ff. de hæred. petit.* Et hoc est, quod Gajus in *l.* 7. §. *ex diverso.* 12. *ff. de acq. rer. dom.* & Justinianus §. 30. *Instit. de rer. divis.* aiunt, si in possessione, constituto ædificatore soli dominus petet ædificium, nec solvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificavit: nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior *l.* 14. *ff. de condict. ind. l.* 1. *ff. de dol mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque duntaxat dandam, quo res facta esse pretiosior, *l. in fundo* 38. *ff. de rei vind.* & ita demum, si fructuum ante litem contestatam perceptorum modum excedant, *d. l. sumptus.* 48. *l. emptor.* 65. *ff. eod. tit.* Nam qui suum duntaxat recipere vult nihil dolo facit, *l. nihil dolo.* 129. *ff. de reg. jur.* nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impensæ minuantur. Apparet autem ex *d. l.* 83. *ff. de rei vind.* jus hoc non esse perpetuum, sed regulare duntaxat, atque pro varietate circumstantiarum aliud atque aliud æquitate suadente statui posse, multaque in hoc articulo arbitrio permittenda bonæ fidei judicis. Malæ verò fidei possessoris deterior in hoc genere impensarum conditio est: quippe cui nulla eo nomine deductio concessa, *l.* 5. *C. de rei vind. l. Julianus* 37. *in fin. ff. eod. l.* 7. §. *ex diverso* 12. *ff. de acq. rer. dom.* 1. Ratio est, quia si is item simili exceptione se tueri velit adversus dominum vindicantem, culpa ei objici potest, & à domino replicari, quod temerè & sciens ædificaverit in solo alieno, ac proinde tantum non sua ipsius voluntate materiæ proprietatem amiserit, §. *ex diverso* 30. *Inst. de rer. divis.* æquum quidem esse, ut sumptus per errorem facti retentione rei serventur, *l. sin autem* 27. §. *ult. ff. de rei vind.* at qui improbè facti sunt, restituendos non esse *l.* 3. *C. de ædif. privat.* Enimverò si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri possit, licet sciens non tamen animo donandi hujusmodi sumptus fecisse, aliud dixerim, per *l.* 2. *C. rei vind.* veluti si ædificaverit in solo litigioso: dicam id sui juris possessionisque tuendæ causa potius fecisse, quam animo donandi. Quid igitur est, quod Paulus scribit in *d. l.* 38. *ff. de hæred. petit.* etiam in persona prædonis rationem haberi utilium impensarum, nec petitor ex aliena jactura locupletior fiat? Respondemus, Paulum non

dicere prædonem etiam tales impensas deducere, sive per retentionem opposita doli mali exceptione servare posse; sed hoc tantum in hujus quoque persona haberi rationem impensarum necessariarum & utilium: nempe hactenus, ut necessarias quidem deducat, quarum deductio possessoribus omnibus tributa, *l.5.C. de rei vind.* utiles verò sine læsione rei tollat: hoc enim solum ei permissum est, *d.l.5.d.l. Julianus in fin. de rei vind.* nec aliter tamen, quàm si sublato eo, quod posuit, aliquid lucri laturus sit, neque tantum ei offerat petitor, *d.l.88.ff.eod.* Etenim cum stricto jure ne tollendarum quidem utilium impensarum prædoni potestas sit, rectè dicitur in ejus quoque personam harum impensarum ratio haberi, cum facultas eas tollendi ex æquitate ei conceditur. Quod si petitor pro jure suo *d.l.18.ff.eod.* pati nolit, ut eas impensas possessor tollat, hîc jam & earum deducendarum potestas ei permittitur, ne quod ait Jurisconsultus in *d.l.38.ff.de hæred.petit.* ex aliena jactura petitor lucrum sentiat; quæ ratio in impensis utilibus hoc demum casu locum habet: non autem si paratus sit petitor, ut tollantur. Voluptariarum impensarum quatenus tales sunt nulla deductio est, cessante videlicet causa, quæ huic deductioni locum facit. Planè si probetur petitorem easdem impensas facturum fuisse, aut rem habere venalem, & propter hæc impendia, plus consecuturum, *arg. d.l.38. & l.29. de rei vind.* impensæ quæ per se voluptariæ sunt naturam induunt utilium, & locus fit exceptioni doli ad eas servandas, si modo bonæ fidei possessor sit, qui eas fecit; nam prædoni probè dicetur, non debuisse eum in rem alienam supervacuas impensas facere. Utique tamen qui per exceptionem servare has impensas non potest, ei potestas est tollendi, quod sine detrimento rei tolli potest, etiamsi malæ fidei possessor sit, ut disertè à Gaio responsum est, *l.utiles 39.§.1.ff.de hæred.petit.* idque contra juris apices ex humanitate concessum.

Hactenus nihil aliud audivimus, quàm quod quædam impensæ à quocumque possessore deduci, id est, posita doli mali exceptione per retentionem rei servari possunt, nempe impensæ necessariæ, & à bonæ fidei possessore regulariter quoque utiles: voluptariarum, qua talium, deductionem non esse, tolli tamen posse sine læsione prioris status rei. Huic autem deductioni seu rationi servandi impensas per exceptionem locus esse non potest, nisi is, qui impensas fecit, rem, in quam eas fecit, possideat, & ab eo dominus rem suam vindicet. Quid ergo si is, qui sumptus fecit, domino possessionem tradiderit non deductis impensis, an non hoc casu actio aliqua ei jure prodita, qua ultrò cum domino experiatur & sumptus à se factos repetat? Nusquam certè id in libris juris nostri traditum est. Et quænam, quæso, huic actio accommodari posset salva ratione juris? Vindicationem & actionem ad exhibendum sustulit lex duodecim tabularum. Actio de tigno juncto adversus eum solum comparata est, qui ipse tignum junxit, & junxit alienum suis ædibus aut vineæ suæ, *l.1.ff. de tign.junct. l.in rem.23.§.pen.ff. de rei vind.* Sed nec actioni in factum secundùm definitionem *d.l.23. §. item quæcumque 5. vers. ideoque.* hîc locus esse potest: quomodo enim in factum actio adversus eum dabitur, cujus nullum factum intervenit? si qua hîc actio sub aliquo colore dari queat, ea erit aut negotiorum gestorum, aut condictio indebiti: sed neutra quoque harum competere potest. Non negotiorum gestorum, quia qui in rem tanquam suam aliquid impendit, suum negotium, non alienum gerit; qua ratione quoque ei denegatur repetitio *l.5. C. de rei vind.* & generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut qui ab alio repetant, aut alium sibi obligent, *l.4. C. de negot. gest. l. in hoc 14. §. 1. vers. diversum est ff. comm. divid.* neque enim actus agentium operantur ultra eorum intentionem *l. non omnis. 19. pr. ff. de reb. cred.* Non conditio indebiti, nam ut differit Julianus in *l. si in area 33. ff. de cond. indeb.* qui possessionem ultrò domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum transfert: sed tantùm quod suum est, dominus suo jure recipit. Et extat generalis definitio Pomponii, ex quibus causis retentionem quidem habemus: petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeti non posse, *l. ex quib. 51. ff. de cond. indeb.* nec enim solus error solventis aut tradentis condictionem parit, nisi simul aliquid faciat accipientis. Sed quid opus est ire per inductionem? De singulis si quis dubitet, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse, quam per retentionem: hæc verba sunt Juliani, *l. si in area in fin. ff. de cond. ind.* Paulus in *l. 14. ff. de exc. dol. mal.* ait non posse eum, qui in alieno solo ædificavit, aliter sumptus consequi, quàm si possideat, & ab eo dominus soli rem vindicet. Papinianus in *l. sumptus 48. ff. de rei vindicat.* negat expressè sumptus in alienum prædium factos peti posse, nec si facti sint à bonæ fidei possessore, sed tantùm exceptione doli opposita æquitatis ratione posse servari. Idem non obscurè indicat Pompon. *l. 21. ad SC. Trebell.* in verb. *retentiones, quas solas habens,* quo loco pro *similem eum esse* rescribe *non similem,* cum viris eminentibus Ant. Fabro & Hu-

gone Grotio in *sparf. flor.* Hoc autem remedium cum non alii competere possit quàm possidenti, non licet nobis contra manifestam rationem juris & tot expressos locos, contra *l.* 1. *l.* 9. *l. ult. C. de legib.* aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti data scilicet actione ad impensas ultrò repetendas, idque solo æquitatis obtentu, deficiente causa & fundamento, in quo actio radicetur: scilicet jure nostro facilius alicui actione ab alio instituta, exceptione opposita in eodem judicio succurritur: quàm actio inducitur, quæ non nisi ex certis principiis juris nascitur, ac proinde etsi hîc sit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit, nisi jure civili aut prætorio adjuvetur. Argumento sit pactum nudum, quod quamvis actionem non producit, ad exceptionem tamen paciscenti prodest, *l. juris gentium* 7. §. *sed cum nulla.* 4. *& seq. ff. de pact.* Et sic æquitas, quæ hîc prætenditur, producendæ licet exceptioni potens, ad producendam actionem satis roboris non habet, & est instar spiritûs, qui attollendo solo potens, non valet erumpere, quomodo novas interdum terras incontinente nasci Plinius scribit, *lib.* 2. *nat. hist. c.* 85. *& seq.*

Non desunt tamen hîc dubitandi causæ, & primum hîc nobis objici potest regula generalis ex *l.* 1. *ff. de cond. sin. caus. l. si & me* 32. *ff. de reb. cred. l. nam hoc* 14. *ff. de cond. indeb. l. id quod nostrum ff. de reg. jur.* nempe rem meam, quæ ad te pervenerit sine facto meo, sine causa, reddi mihi oportere. Respondeo, nec sine facto meo, hîc rem ad alium pervenisse, quia ædificavi in alieno; nec sine culpa, quia aut temerè id feci, si non bona fide possedi, aut negligenter, si possessionem tradidi aut amisi; nec sine causa apud alium esse, quia quod beneficio rei suæ, & jure accessionis cuique acquiritur, id justa ex causa quæsitum censetur, *l. in rem.* 23. §. 3. *&* 4. *ff. de rei vind. l.* 7. §. *voluntas*, 8. *& seqq. de acq. rer. dom.* Denique potest bona fid. possessor fructus perceptos ante litem contestatam & adhuc extantes compensare cum expensis, *l. sumptus.* 48. *ff. de rei vind.*

Secundo obstare videtur *l.* 5. *C. de rei vind.* ubi etiam malæ fidei possessori datur impensarum saltem necessariarum repetitio. Respondeo ex eo quod dicitur impensarum esse repetitio, non continuò sequitur eo nomine etiam actionem esse; sufficit enim esse repetitionem suo modo; videlicet per exceptionem & retentionem. Quippe petere & repetere etiam is dicitur, qui utitur exceptione, *l.* 1. *ff. de excep. l. amplius.* 15. *ff. rat. rem hab.* neque aliter in *d. l.* 5. *C. de rei vind.* hoc verbum accipi potest, quoniam ibi agitur de ædificatore constituto in possessione.

Tertio putat D. Cujacius, *lib.* 10. *obs.* 4. posse non possidentem, saltem eum, qui per errorem non deductis sumptibus rem restituit, possessionem repetere conditione incerti, atque ita adhuc contra agentem opposita doli exceptione sumptus servare: *argum. l. si uxor filio.* 19. §. 1. *ff. de donat. int. vir. & uxor. l. qui exceptio.* 40. §. 1. *de conditionib. indebit. l. hæres.* 21. *ff. ad senat. Trebell.* Hoc commentus est vir doctissimus, cùm non videret, ut ingenuè fatetur, qua ratione sumptus in prædium alienum à possessore facti jure actionis repeti possint, & tamen putaret remedio aliquo etiam in hoc casu ei consulendum. Ego verò contra ingenuè quoque profiteor, me non posse videre, quid loci isti pro hac Cujacii sententia faciant. Nam in *d. l. si uxor filio*, ne quidem de impensis in rem alienam factis & *d. l. hæres*, tantùm abest, ut Cujacii sententiam juvet, ut etiam ei adversetur, sicut suprà ostensum est, *add.* Ant. Fabrum *decad.* 26. *err.* 10. Denique aliena planè est ab hac disputatione, *d. l. qui exceptionem* §. 1. & si quæ fortè similes. Multum enim interest, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi, impensas faciat, de quo loquitur, *d. l. exceptionem* §. 1. (loquitur enim de hærede fiduciario, qui domum quam ex fideicommisso debebat restituere, sua impensa refecit,) an suo nomine tanquam in rem propriam, qui casus hic à nobis propositus est, per textus in *l.* 14. §. 1. *ff. comm. divid. l.* 1. *C. de rei vind. l.* 4. *C. de negot. gest.*

Postremo Martinus Glossator, eumque secutus Joannes Goddeus in *l. impensæ* 79. *ff. de verb. sign.* objiciunt verissimæ huic sententiæ *l.* 6. §. 3. *ff. de neg. gest. l.* 8. *ff. de pig. act. lib.* 7. §. *ult. ff. sol. matrim.* ex quibus locis evinci putant, utilem utique negotiorum actionem in proposito non possidenti dandam: sed frustra. Nam in *d. l.* 6. §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas, tanquam alienas gerendas aliumque sibi obligandi animo accessit, licet eo proposito, ut lucrum indè faceret & res quasdam interverteret, in reliquis duabus de iis agitur, qui sumptus fecerunt in rem, quam ex contractu & à domino acceperunt, quos certum est vel actione contraria vel negotiorum gestorum impensas in eam factas consequi posse. Ita post Cyn. Salic. Castrensem *in d. l.* 3. *C. de rei vind.* Don. 20. *comm.* 7. Ant. Fab. *dec.* 26. *err.* 9. *& seqq.* Cæterum Martini sententiam æquitatis commendatione nunc in foro

prævalere testantur Molinæus *ad consuet. Parisiens. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 5. *num.* 104. Zypæ. *notit. jur. Belg. de re vind.* Grœnew. *de leg. abrog. ad* §. 30. *Inst. de rer. div.* & plures eodem loco allegati.

CAPUT XXV.

An bonæ fidei possessor fructus omnes tam naturales, quàm industriales percipiendo suos faciat?

ETiam tritas & vulgares quæstiones incudi reddere prohibitum non est: aliquandò expedit propter inventa temporis & usus. Cujusmodi quæstiones duas in præsentia tractare visum est; unam hoc capite, an bonæ fidei possessor indistinctè fructus omnes, quos percepit, suos faciat? alteram capite proximè sequenti, an perceptos omnes & adhuc extantes domino rem suam vindicanti restituere debeat?

Si quis à domino, quem dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus quos percepit, ejus esse pro cultura & cura. Ita Justinianus in §. 35. *Inst. de rer. divers.* convenienter sententiæ veterum, *l. qui scit.* 25. §. 1. *l. in pecudum* 28. *ff. de usur. l. bonæ fidei* 48. *ff. de acq. rer. dom. cum simil.* Quod de fundo ait, idem est & in re quavis alia fructum producente. Res igitur quæ hic perceptione acquiritur, sunt fructus, id est, id omne, quod ex re nascitur, sive quod res fert. Persona acquirentis est bonæ fidei possessor, id est, qui rem animo dominantis tenet & justam causam habet, ob quam existimet rem ad se pertinere, puta eum, à quo eam justo titulo accepit, dominum fuisse, aut jus habuisse alienandi, *l. bonæ fidei.* 109. *ff. de verb. sign.* Malæ igitur fidei possessores huc non pertinent. *d.* §. 35. *l.* 22. *C. de rei vind. l.* 3. *C. de cond. ex leg.* Modus acquirendi est perceptio. Perceptioni enim hæc acquisitio tribuitur, idque naturali ratione propter culturam & curam, ut ait Justinianus *d. loc.* Percepti fructus dicuntur, simul atque à re qua tenebantur, separati sunt: in fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spica aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, nucibus aut pomis dejectis aut decerptis, licet nondum tritum vinum aut oleum nondum factum *l. si fructuarius* 13. *ff. quib. mod. ususf. am. l. qui scit.* 52. §. 2. *ff. de usur. l. si ejus fundi* 78. *ff. de rei vind.* in animalibus cum fœtus editus, lac expressum, lana detonsa est *l. in pecudum.* 28. *ff. de usur. l. bonæ fidei.* 48 §. 2. *ff. de acq. rer. dom.* quanquam interdùm verbo percipiendi aliquid amplius designatur, quàm simplex illa, quam dixi fructuum à re separatio, *d. l.* 48. *pr. vers. denique d. l.* 78. *ff. de rei vind.* At enim perceptio non est sola nec præcipua hujus acquisitionis causa, neque sola culturæ aut curæ hîc ratio habetur: alioqui idem etiam probandum esset in malæ fidei possessore: sed principalis causa est in persona possessoris, nimirum bona fides, quæ facit, ut possessor penè pro domino haberi debeat, *d. l. n.* 5. §. 1. *ff. de usur. d. l.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* & tantùm præstat possidenti, quantùm rei veritas, ubi lex impedimento non est, *l. bona fides* 136. *de reg. jur.* Perceptio verò magis est causa sine qua non.

Quæsitum autem est, an non fructuum conditio & qualitas aliquid de hoc acquisitione mutet, an verò omnes indistinctè ad eam pertineant? Fructum à ferendo dictum esse scribit Varro, *lib.* 4. *de ling. lat.* ut sit id omne, quod res fert. Nostri autem cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei percipiuntur: cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, reditus annui, vecturæ. Quamvis enim hæc propriè fructus non sunt, *l. si navis,* 62. *ff. de rei vind. l. usuræ* 131. *ff. de verb. sign.* in fructus tamen numerantur, quia vicem fructuum obtinent, *l. usura* 34. *l. prædiorum.* 36. *ff. de usur. l. mercedes* 29. *ff. de hæred. petit.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *d. l.* 62. *de rei vind. l. ancillarum,* 27. §. 1. & 3. *ll. seqq. ff. de hæred. pet.* Cæterum de isto genere hîc non quæritur. Fructus naturales sunt, quos natura ex re ipsa producit. Et horum quidam ferè solo naturæ beneficio & αὐτομάτως, sponte magis, quam facto & labore hominum proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum, &c. aut natura quidem adjutrice; cæterum opera magis & diligentia, ac cultura hominum, cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata, item fructus pecudum: quippe quæ sine cura & cultu hominum salva esse non possunt. Illos naturales in specie, hos industriales, interpretes appellaverunt, propterea quod nisi continua quædam atque in orbem rediens cultura, cura atque industria hominis interveniat, sola natura hos non producit. Et huc pertinet illud Senecæ 2. *de benefic.* 11. *Nihil in fructum pervenit, quod non à primo usque*

ad extremum æqualis cura prosequitur. Petita autem est hæc distinctio ex *l. fructus* 45. *ff. de usur.* atque evidenti ratione nixa est. Hoc igitur hîc quæritur, an fructus tam naturales, sic in specie dicti, ad hanc acquisitionem pertineant, & percepti bonæ fidei possessoris fiant, quam industriales, de quibus nulla hîc controversia? Ego in ea sententia semper fui, ut existimaverim qualitatem fructuum nihil de hac acquisitione mutare, bonæque fidei possessorem non minus fructus naturales, quàm industriales percipiendo suos facere. Rationes hæ sunt: 1. Quia generaliter & sine ulla fructuum distinctione loquitur Imperator *d.* §. *si quis à non domino* 35. item jurisconsulti in *d. l. bonæ fidei* 84. *ff. de acq. rer. dom. l.* 13. *ff. quib. mod. usufs. am. l. si ejus* 78. *ff. de rei vind.* 2. Quia ratio Gaji in *l. in pecudum.* 27. *ff. de usur.* dicentis ideo fætum pecudum, lac, pilum, lanam, fieri bonæ fidei possessoris, quia in usu sunt, & ipsa fructus omnes complectitur. 3. Faciunt huc textus in *l.* 13. *ff. quib. mod. usufs. am. l. si ejus* 78. *ff. de rei vind.* ubi & olea mox cum percepta sive excussa est, & fœnum, simul atque cæsum & à solo separatum est, bonæ fidei possessoris fieri expressè traditum est. At olea vel maximè fructus naturalis est; quippe quam nec rastros desiderare, aut falcem ullamve curam testantur Virgilius *lib.* 2. *Georg.* Plinius *lib.* 15. *nat. hist. cap.* 1. Fœnum autem quin fructus quoque naturalis sit & spontaneus, nemo, opinor, negabit. 4. Evincitur hoc idem ex eo quod de fructibus consumptis traditur, dominum de his agere non posse, sed possessorem bonæ fidei eos lucrari, videlicet eos ipsos, quos percipiendo interim suos fecerat, *d.* §. 35. *Instit. de rer. div.* §. 2. *Instit. de offic. jud. l.* 4. §. 2. *ff. fin. reg. l. certum.* 22. *C. de rei vind.* Et igitur cùm omnes lucretur consumptos, omnes quoque perceptos suos interim facit. 5. Omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. l.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* ubi sic scribit: *Bonæ fidei emptor non dubiè percipiendo fructus etiam ex re aliena suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini penè est.* Glossa quidem & DD. communiter hæc verba Pauli, *sed omnes*, restringunt ad fructus industriales, qui alterius quam bonæ fidei possessoris opera provenerunt. Sed hoc oppido quam inconcinnum & violentum est. Quis enim non videt, verbum *omnes* à jurisconsulto non ad operantes, sed ad fructus ipsos referri, eoque designari fructus diversi generis & qualitatis ab iis, quos dixerat opera possessoris provenire? Quod ipsum evincit & ratio, quam mox subjungit, *quia quod ad fructus attinet, loco domini penè sit*, quam eandem rationem & Julianus affert, *l. qui scit.* 25. §. 1. *ff. de usur.* cui & illud simile, quod idem Julianus ibidem scribit, bonæ fidei possessorem fructus jure soli percipere, atque in fructibus percipiendis magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, spectari: unde apparet, industriam aut operam non esse τὸ οὗ ἕνεκα, causam hujus acquisitionis principalem: nam si jure soli fructus à bonæ fidei possessore percipiuntur, utique omnes qui in solo nascuntur, etiam ἄσπαρτοι καὶ ἄχροτοι ad hanc perceptionem & acquisitionem pertinent, ejusdemque omnes in hac causa conditionis sunt: Postremo si bonæ fidei possessor sibi acquirit fructus etiam ab alio satos, in quos ipse neque operam neque curam ullam impendit, quanto magis suos faciet naturales, qui cura illius, si non nascuntur, saltem conservantur.

Objicitur huic sententiæ, *d.* §. *si quis à non domino.* 35. *Inst. de rer. divis.* ubi Justinianus ait, placuisse fructus perceptos fieri bonæ fidei possessoris pro cultura & cura. Respondeo, vix ulla res est, quæ sine cultura & cura aliqua fructum ferat: coluntur agri, curantur pecora, plantæ putantur, arbores, vites, ut omnibus notum est. Oleæ quoque attonderi & interradi gaudent, teste Plinio *lib.* 15. *c.* 1. Sed & si qui fructus sine cultu aut procuratione humana proveniant sylvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus sylvestres, nihilo tamen minus ad hanc acquisitionem pertinent. Nam, ut supradiximus, præcipua & adæquata hujus acquisitionis causa est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tanquam alter quidem dominus jure soli fructus percipiat, cui consequens est, ut percipiendo etiam suos faciat eos, in quos neque culturam neque curam impendit, τοὺς αὐτομάτους, sive spontaneos, qui in specie naturales ab interpretibus vocantur. Tantùm quia ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidit, ut fructus sine cultura aut jura non proveniant, ratio hæc à Justiniano expressa est.

Maximè autem huic sententiæ obstare putatur locus Pomponii in *l. fructus* 45. *ff. de usur.* Verba Pomponii hæc sunt: *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit: illos tamen, quos sibi operis acquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit, vel ex sylva ceciderit, non fit ejus; sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus nascitur.* Et hoc loco satis perspicuè probari credunt plerique interpretes, fructus naturales, id est, spontaneos & qui ex facto & operis bonæ fidei possessoris non nascuntur, ad bonæ fidei possessorem non pertinere. Expendamus verba. Quid igitur ait Jurisconsultus? Non cujuslibet bonæ fidei possessoris fieri fructus, qui ex facto ejus non nascun-

tur. Ne hoc quidem nos negamus, sed hoc dicimus, eum possessorem bonæ fidei, qui ex justa causa & titulo legibus non improbato rem ab eo, quam dominum esse putabat, accepit, fructus omnes ex ea re perceptos suos facere: Hoc autem non negat Pomponius: quippe qui non dicit nullius bonæ fidei possessoris tales fructus fieri, sed non cujuslibet; quam enunciationem non esse generalem, sed particularem ostendit nota particularis attributionis, quæ hîc est negatio universalis. Qui dicit: Non cuivis homini contingit adire Corinthum, is tacitè fatetur alicui hoc contingere, & cùm idem Pomponius *l. 6. pr. ff. de cont. empt.* ait non cujuscumque rei venditionem aut alienationem esse, id non hanc habet sententiam, nullius rei esse venditionem, quod falsum esse vel pueri sciunt, sed quarundam duntaxat rerum non esse, nempe, earum, quas vel natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt; cæterarum autem rerum esse *d. l. 6. pr. l. si in emptione* 34. §. 1. *ff. eod.* igitur in hac enunciatione: *Non omnis, aut non quilibet bonæ fidei possessor fructus naturales suos facit;* cum consequens non omni antecedenti attribuatur, sed solummodò ejus parti alicui, satis apparet, Pomponium non eodem jure omnes bonæ fidei possessores censere: & tacitè duo genera ejusmodi possessorum facere; unum eorum, qui fructus naturales suos non faciunt; alterum, qui hos etiam suos faciunt. Atque ita est, non omnis bonæ fidei possessor fructus omnes percipiendo suos facit; sed is solùm, qui justo titulo possidet causamque justam habet, cur existimet rem ad se pertinere. Qui autem justo titulo destituitur, quamvis in jure errans se dominum factum putet, naturales fructus suos non facit, ne cui ignorantia juris in compendiis prosit, contra *l. 4. l. 7. l. 8. ff. de jur. & fact. ign.* & interdum nullos *l. 13. pr. de cond. ind.* licet alioqui non malæ, sed bonæ fidei possessor existimari debeat, quicumque dolo caret, etsi in jure errat, *l. sed & si* 25. §. *scire* 6. *ff. de hær. pet. l. ubi lex* 24. *l. si fur.* 32. §. 1. *ff. de usuc.* nec sequitur, injustè possidet, sed titulo inutili atque invalido, ergo mala fide. Possessor prædii minoris sine decreto alienati possidet injustè, bona tamen fide possidet, si ignorans rem esse minoris aut in jure errans rem emit, & fructus industriales propter bonam fidem suos facit, *l. 2. C. si quis ign. rem. min.* Talis enim est possessor fundi dotalis à marito alienati, item rei litigiosæ, & qui à falso tutore emit, *l. 13. §. ult. ff. de publ. in rem act.* Nam ubi lex impedimento est, bona fides in compendiis possessori non prodest, *l. ubi lex.* 24. *ff. de usuc. l. bona fides* 136. *ff. de reg. jur.* Toties autem impedimento est, quoties possessorem vult tene[ri] in quantum locupletior factus est, ut possessor[em] hæreditatis, *d. l. 25. §. consuluit.* 11. *de hær. p[et].* item in casu *l. si fructus.* 8. *C. de donat. int. vir. [&] uxor.* & denique, qui ex ea causa possidet qu[æ] postea ad non causam redacta est, *l. 3. ff. de co[nd.] indeb.* Atque de hoc genere bonæ fidei possess[o]rum verba Pomponii, *sicuti nec cujuslibet*, & accipienda sunt: quippe qui & soli similes su[nt] conjugi rem à conjuge donatam possidenti, [&] in lucris cæterorum bonæ fidei possessorum ju[re] non censentur. In eo autem dissimilitudo est quod conjux fructus industriales quos percepit restituere non teneatur, quoniam eos non tan[]tum jure permittente, *l. de fructibus* 17. *ff. [de] don. int. vir.* sed etiam volente conjuge perce[]pit: cæteri nisi fructus consumpti sint teneantur de quo uberius *quæst. seq. vid.* Ant. Fab. 4. *con[j].* 17. Pinell. *in l. 2. C. de resc. vend. p. 2. c. 4.* 60. Fachin 1. *contr.* 37. Timæ Fab. *disp. ann.* 1[] *Thes.* 5. Bronch. *cont.* 3. *assert.* 78. Vult. *disc. schol* *c. ult.* Paul. Buf. *ad. d. l.* 45. Thulden. *ad d. §.* 3[] *Inst. de rer. div. c.* 50. & quod ad praxim attinet Grœnew. *in ll. abrog. ad l. certum* 22. *C. de r[ei] vind.* Pinell. *d. loc.* Cyprian. Reg. *ad d. §.* 3[]

CAPUT XXVII.

An bonæ fidei possessor fructus omnes [] quos percepit, Domino rem suam vindicanti restituere teneatur?

Superiore capite satis abundèque probavimus bonæ fidei possessorem justo titulo subnixum fructus omnes quos percepit, tam naturales & spontaneos, quàm industriales suos facere. Videndum porrò, an quos ita percipiendo suos fecit & semel sibi acquisivit, domino superveniente & rem suam vindicante retinere possit? an vero omnes & quosdam restituere teneatur? In hac quoque quæstione concedo in sententiam τῶν νεωτερικῶν distinguentium inter fructus adhuc extantes & consumptos, ut illos quidem omnes domino rem suam vindicandi restituere bonæ fidei possessor teneatur, hos autem omnes lucretur sine ullo metu restitutionis. De fructibus pendentibus, id est, qui nondum à solo separati sunt, nulla est controversia: nam cùm hi fructus pars esse fundi intelligantur, utique cum ipso fundo & ipsi vindicantur & restituendi sunt, *l. fructus.* 44. *ff. de rei vind.* Sed quæritur de ex-

antibus, id est, separatis quidem à re, qua tenebantur, sed nondum consumptis, an illi omnes domino restituendi an verò naturales duntaxat? Et omnes sine distinctione restituendos esse multa evidenter arguunt.

Primum illud, quod Justinianus scribit, de consumptis fructibus dominum agere non posse §. *si quis* 35. *Inst. de rer. div.* §. 2. *Inst. de offic. jud.* & Paulus *l.* 4. §. 2. *ff. fin. reg.* bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Unde ex contrario rectè colligitur, de non consumptis seu extantibus adhuc, licet à solo separatis, dominum agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari.

Deinde si bonæ fidei possessor eosdem fructus quos percepit & percipiendo suos interim fecit, ante consumptionem eorum domino vindicanti restituere debet, utique omnes debet restituere, & tam industriales, quàm naturales, quoniam vel maximè & citrà controversiam industriales ad acquisitionem, quæ perceptione fit, pertinent.

Sed quid opus est multa ad confirmationem hujus sententiæ argumenta congerere, cum habeamus expressam auctoritatem in *l. certum* 22. *C. de rei vind.* ubi sic rescribunt Imperatores: *Certum est malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare, bonæ fidei verò extantes; post autem litis contestationem, universos*; neque possis cum Donello extantes hîc accipere pro pendentibus, nam præterquam quod hoc non admittit hujus verbi usus, utique vel ipso Donello fatente, naturales, licet à solo sint separati, restituendi sunt. Atque hæc causa est, cur Africanus in *l. quæsitum* 50. *ff. de acq. rer. dom.* scribat, bonæ fidei possessorem consumptos demum suos facere, & Paulus *l.* 4. §. *lana ovium* 19. *ff. de usucap.* consumptos vel usucaptos, nimirum quia hi soli re evicta non restituuntur. Sic ergo concludimus, bonæ fidei possessorem fructus omnes, quos percepit tam industriales quàm naturales non consumptos debere restituere, quemadmodum è converso omnes consumptos tam naturales, quàm industriales lucratur. Non obstat, quod conjux non restituit fructus industriales rei à conjuge sibi donatæ, quamvis adhuc extent, nam ut præcedenti capite dictum est, id hanc rationem habet, quod conjux ex voluntate domini, id est, conjugis donatoris, idque jure publico permittente hoste fructibus sibi acquirat.

Illud autem non parum nobis obstare videbatur, quod sola perceptione dicuntur fructus fieri bonæ fidei possessoris: nam si hoc verum est, falsum est eos demum bonæ fidei possessoris fieri consumptione. Respondeo falsum esset, si hæc eidem rei attribuerentur eadem ratione. Sed sciendum est geminam esse dominis acquisitionem, unam perpetuam, & citrà voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem & revocabilem, ex causa superveniente, quæ dominii causam tollat: quale est jus mariti in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit; & hæredis fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit: Item hæredis in re sub conditione legata, *l. non ideò* 66. *ff. de rei vind. l. generaliter* 29. §. 1. *ff. qui & à quib. man.* Et tale quoque in proposito est jus bonæ fidei possessoris in perceptis nec dum consumptis fructibus usque ad evictionem. Nimirum causa hujus acquisitionis præcipua est bona fides, quippe quæ efficit, ut possessor perinde quasi dominus jure soli fructus suos faciat, quandiu de vero domino non constat: at eo superveniente & rem suam vindicante, jam causa illa & simul jus, quod dixi, cessare incipit, cogiturque possessor fructus omnes, qui modo tempore evictionis seu litis contestatæ extant, officio judicis restituere. Neque enim sublato jure, quod in solo habebat, sola ratio culturæ & curæ eum defendere potest, ut fructus retineat: sed ad hoc solum prodesse, ut opposita doli mali exceptione sumptus servet & consequatur, ut dominus aut pretium ejus quod impensum est, solvat; sin minus, patiatur sumptus cum fructibus pro rata pensari, & pro illis partem fructuum possessorem retinere, *arg. l. si à domino* 36. §. *ult. de hær. pet.*

Innuit hoc ipsum non obscurè Paulus Jurisconsultus in *l. bonæ fidei* 48. *ff. de acq. rer. dom.* cùm ait, bonæ fidei possessorem fructus ex re aliena percipiendo suos interim facere. Quare enim ait *interim*? Non aliam procul dubio ob causam quam ut ne quis credat sola perceptione sic fieri fructus bonæ fidei possessoris, ut nunquam postea sint restituendi rei domino. Quod si quis putet frustra id constitutum esse, quasi illa perceptio & fructuum interim acquisitio nil commodi afferat possessori, eo quod utique si adhuc extent domino rem suam petenti restituendi sunt, is sciat & bonæ fidei rationem hoc exigere. *l. qui scit*, 25. §. 1 *ff. de usur. l. bona fides* 136. *ff. de reg. jur.* nec sine effectu esse. Prodest enim bonæ fidei possessori ad hoc, ut si fructus ab alio percepti sint aut ab alio possideantur, eos tanquam suos vindicare possit, tribuique ei jus fructibus pro arbitrio suo utendi, eosque pro necessitate aut utilitate sua familiæ suæ distrahendi aut consumendi; cujus rei hic iterum effectus, ut domino rem suam evincenti consumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æstimationem præstare deberet.

Plus negotii facit responsum Gaji in *l. in pecudum. 27. pr. ff. de usur.* ubi Jurisconsultus ait, quæ in fructu sunt statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarii. Quod autem statim pleno jure acquiritur, id non potest dici consumptione demum irrevocabiliter acquiri. Quid ergo respondemus? nimirum eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit bonæ fidei possessorem fructuum simul ut percepti sunt statim dominum fieri pleno jure aut in solidum, non continuò negare jus illud ex causa esse revocabile: neque de eo laborare debuit Gajus in *d. l. in pecudum.* in comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non est, & ideo usucapione demum acquiritur, *d. l. in pecudum.* §. 1. Sic idem Jurisconsultus in *l. generaliter 29.* §. 1. *ff. qui & à quib. man.* ait, servum sub conditione legatum, pendente conditione pleno jure hæredis esse: quem tamen constet existente conditione ab eo abiturum, & demum ejus fieri irrevocabiliter conditione deficiente. Si denique emptio facta lege commissoria perfecta & plena est, licet, conditione deficiente resolvatur, *l. 1. ff. de leg. commiss.* Illud non magni ponderis est, quod dicitur, bonæ fidei possessorem jus habere, quod dominis prædiorum est & plus etiam juris, quam habet fructuarius, *d. l. qui scit.* 25. §. 1. *ff. de usur.* Nam si hoc simpliciter verum esset, ne naturales quidem fructus extantes restitueret, quos tamen esse restituendos inter omnes convenit. Et loquitur expressè jurisconsultus de jure fructus ab initio acquirendi. Paulus in *l. bonæ fidei 48. ff. de acq. rer. dom.* de bonæ fidei possessore loquens cautè addidit particulam *penè:* quia, inquit, quod ad fructus attinet, loco domini penè est.

Porrò quemadmodum bonæ fidei possessor fructus omnes extantes restituere debet, ut dictum & plenè probatum est, ita ex contrario eorum nomine quos consumpsit, cujuscumque sint generis, non tenetur, nec ullos restituit, quod & ipsum abundè probatum putamus. Cæterum alia hic exoritur dubitatio, & quæritur etiam ab iis, qui hactenus idem nobiscum sentiunt; an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem fructuum consumptorum teneatur, quatenus ex iis factus est locupletior? Et verius est eum non teneri. Ratio est, quia non alienos, sed suos consumpsit: & cùm nunquam domini fundi fuerint, non potest dici rem domini ad eum pervenisse; eumve ex re aliena locupletatum, *l. 1. §. 2. ff. de pignor.* Quod si legum quæritur auctoritas, textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla restrictione negant horum nomine bonæ fidei possessorem teneri. Imperatores in *l. certum. 22. C. de rei vind.* aiunt bonæ fidei possessorem extantes duntaxat præstare solere, quasi de consumptis inquirendum non sit. Paulus *l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* ait possessorem fructus, quos bona fide percepit & consumpsit lucrari oportere, quod utique falsum esset si eos quatenus locupletior factus sit teneretur restituere, nemo enim sine lucro locupletari potest. At hoc, quod benè notandum est, tantùm tribuit bonæ fidei possessori consumptio quantùm usucapio, auctore eodem Paulo in *l. 4. lana 19. ff. de usuc.* at usucaptorum nihil redditur.

Injicitur tamen hic nobis scrupulus aliquis ex *l. sed & 25. §. consuluit. 11. l. illud quoque 40 §. 1. ff. de hær. pet.* qui scrupulus priusquam hinc discedamus, evellendus est. Quid igitur locis istis repetitur quod nobis incommodet; nempe in judicio petitionis hæreditatis bonæ fidei possessorem teneri, in quo factus est locupletior. Item in restitutione hæreditatis venire fructus tanquam hæreditatis augmenta, per quos possessor locupletior factus est. Respondemus, non eadem est in quæstione proposita judicii universalis, quod & personales præstationes habet, & singularum rerum petitionis ratio. Possessor hæreditatis nec ab initio fructus percipiendo suos facit, nec postea consumendo lucratur: sed statim ubi ab eo percepti sunt, in numerum rerum hæreditariarum recipiuntur, ipsamque augent hæreditatem: unde fit, ut eodem jure, quo ipsa corpora hæreditaria & fructus petantur, atque in restitutionem hæreditatis veniant, *l. item veniunt. 20. §. 2. ff. de hær. petit.* quæ omnia secus se habere constat in vindicatione rerum singularum. Nimirum cum is, qui pro hærede possidet, ex falsa causa possideat, visum est senatui, non ultra possessori hæreditatis consulere, quam ut ne damno afficiatur, quomodo ei consulitur, qui tenetur conditione indebiti *l. indebiti 13. ff. de cond. indeb.* unde ex contrario etiam mitius quo casu eum tractari voluit, scilicet ut si quid dilapidaverit, aut perdiderit, dum sua re abuti putat, non teneatur, *d. l. sed & si §. consuluit. ff. de hær. petit.* vide præter allegatos *c. præc.* Joan. à Sande *lib. 3. rer. jud. c. 15. defin. 1.* ubi in Frisia sic judicatum refert. Nicol. Thulden. *in annot. ad praxim. civ.* Damhoud. *c. 104. n. 13.* Pinell. *ubi sup. c. præc.* ubi ait, nunc ubique ferè tantùm servari formam, *l. 22. C. de rei vind.* in fructibus à bonæ fidei possessore perceptis post litis contestationem: eorum qui ante percepti sunt, sive consumpti sint, sive adhuc extent, sive ex iis locupletior possessor factus sive non, rationem non haberi, insuper quoque habita fructuum qualitate, ut litium ambages vitentur.

CAPUT

CAPUT XXVII.

An ex iis caufis, ex quibus dominium citra traditionem poteftate juris transfertur; etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?

HÆc quæftio minus trita & vulgaris, quàm duæ fuperiores: ad cujus decifionem antequam perveniamus, more noftro præcurfionem quandam adhibebimus. Actio Publiciana eft actio in rem prætoria, quæ competit de re, quam quis ex jufta caufa fibi traditam à non domino bona fide accepit, fi ejus nondum dominus effectus poffeffionem cafu amifit, §. 4. *Inftit. de action.* Eft actio in rem prætoria: nam jure civili nulla nifi rei fuæ vindicatio, *d.* §. 4. jufta caufa eft, ex qua re à vero domino tradita, dominium in accipientem tranfiret, quod intellectum eft ex verbis edicti, *& nondum ufucaptum petet. l.* 1. *ff. de Publ. in rem act.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea caufa fit, ut ufucapi poffit: non poteft autem res ufucapi, nifi tradita fit ex iis caufis, ex quibus dominium transferretur, fi dominus effet, qui tradit, *Inft. de ufuc. in pr.* cujufmodi caufæ funt emptio, donatio, legatum, dos, &c. *d. l.* 1. §. *ult. & ll. feqq.* Bona fide accepiffe intelligitur, qui eum à quo rem accepit, aut dominum effe putavit, aut jus transferendi habere, puta procuratorem aut tutorem effe, *l. bonæ fidei* 109. *ff. de verb. fign.* Traditionem latius hîc accepimus, ut etiam rerum incorporalium quafi traditio contineatur, ufus nimirum accipientis & patientia conftituentis: nam & ufusfructus & fervitutum conftitutarum nomine Publiciana competit, *l. fi ego* 11. §. 1. *ff. de Public. in rem act.* Nec dubitandum quin in rebus corporalibus ad fundandam Publicianam fufficiat etiam ficta traditio: cujus multæ funt fpecies & modi, veluti per fictionem brevis manus, traditionem clavium, appofitionem cuftodis, &c. Nec dum dominus effectus dicitur, qui rem à non domino acceptam nondum ufu cepit *d. l.* 1. §. 1. *eod.* ubi Ulpianus ait, fi res ufucapta fit, actorem habere actionem civilem, nec defiderare honorariam, quanquam nec ipfi domino Publiciana deneganda, fi fortè cum difficilis effet, ut ferè folet, dominii probatio, hac actione, tanquam remedio expeditiore, fub qualitate bonæ fidei poffefforis, omiffa quæftione dominii, uti malit, quam civili in rem actione experiri. Introducendæ enim hujus actionis caufa fuit difficultas probandi dominii. Quin & ufu forenfi receptum eft, ut eodem libello Publiciana cum rei vindicatione cumulari atque alternatim proponi poffit, id eft, res peti jure dominii vel quafi dominii. *Oldendorp. claff.* 3. *act.* 3. Myfing. *ad* §. 4. *Inft. de act. n.* 62. Gail. 1. *obf.* 62. *n.* 5. Atque hæc quidem ὡς ἐν παρόδῳ Tranfgrediamur nunc ad quæftionem propofitam.

Igitur, ficut jam intelleximus, ut actioni Publicianæ locus fit, rem vel verè vel fictè traditam effe oportet: nam cùm nec fine traditione poffeffio transferri; nec fine poffeffione ufucapio procedere poffit, *l.* 25. *ff. de ufucap.* confequens eft nec poffe colorem quæfiti per ufucapionem dominii prætexi, ubi res tradita non eft. Quid ergo, an non licebit ex iis caufis, ex quibus dominium citra traditionem poteftate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri? Nimirum etfi regulariter & jure gentium dominia rerum fine traditione non transferuntur. *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* §. *per traditionem* 40. *Inft. de rer. div.* jure tamen civili quibufdam ex caufis etiam fine traditione, veluti aditione hæreditatis, reftitutione fideicommiffi univerfalis, agnitione bonorum poffeffionis, legati, fideicommiffi fpecialis, donatione mortis caufa, venditione aut donatione facta civitati, Ecclefiæ, locis ad curam & alimoniam egenorum publicè comparatis, *l.* 23 §. 1. *C. de SS. Eccl.* Finge igitur v. c. rem alicui legatam effe ab eo, qui dominus putabatur, aut ex SC. Trebelliano alicui reftitutam hæreditatem, quæritur an is Publiciana experiri poffit, etiamfi non fuerit nactus poffeffionem? Negat D. Bachovius *difput.* 3. *de act. thef.* 18. Utitur Bachovius hoc argumento, cui putat nihil effe, quod reponi queat, nempe quod Publiciana non datur, nifi ei, qui ufucapere cœpit: adeo, inquit, ut auctore Jafone in *d.* §. 4. *num.* 17. argumentum ab ufucapione ad Publicianam, & contra affirmativè & negativè procedat: ufucapio autem fine poffeffione non contingit, *l.* 25. *ff. de ufuc.* ac proinde, inquit, ceffat in cafu propofito color dominii per ufucapionem acquifiti, quod fit effentiale hujus actionis requifitum, ut fcilicet actor intendat fe ufucepiffe: quod utique prætendere non poffit ubi res tradita non eft, neque poffeffio tranflata. Hoc amplius, inquit, etfi DD. vulgo exiftimant quoad effectum transferendi dominii, fufficere rem traditam effe, licet vacua rei poffeffio tradita non fit, neminem tamen effe, qui non ftatuat, opus effe vacuæ poffeffionis traditione ut procedat ufucapio.

Ego verò totum hoc ad eas duntaxat fpecies

pertinere arbitror, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut apprehensione possessionis est opus: edictumque conceptum esse de eo, quod ἐπὶ τὸ πολὺ accedit. Quibus autem ex causis dominium adipiscimur, etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea agi posse, ex sententia scilicet & ratione edicti, quod eorum omnium gratia comparatum est, qui alias onere probandi dominii premerentur etiam ab injustis rei possessoribus. Nam, ut Ulpianus scribit, *l. 7. §. Publiciana. 8. ff. de public. in rem act.* in Publiciana actione omnia eadem sunt, quæ in rei vindicatione, ac proindè quemadmodum si in casu hoc nostro res à vero domino legata, aut verè hæreditaria fuisset, legatario aut hæredi fideicommissario competeret rei vindicatio, etiamsi possessionem ejus rei nacti non essent: ita si res à non domino legata sit, aut non sit ex corporibus hæreditatis restitutæ, danda erit legatario aut fideicommissario in rem Publiciana, quamvis nec illi possessionem nacti sint. Atque hoc disertè responsum est de eo cui ex Trebelliano restituta est hæreditas, *l. cum sponsus 12. §. 2. d. tit.* item de domino, cujus servus cum in fuga esset, rem à non domino emit, *l. si servus 15. eod.* His autem casibus cum usucapio procedere non possit, *d. l. 25. ff. de usuc.* apparet prætentionem dominii per usucapionem quæsiti non esse hujus actionis requisitum essentiale: & proindè non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse nisi qui fuerit in conditione usucapiendi. Sed & hoc ipsum falsum existimo, quod actor hanc actionem instituens expressè intendat aut prætendat se usucepisse. Quamvis enim Justinianus scribat, in hac actione eum, qui possessionem amisit, dicere, eam rem se usucepisse: illa tamen actoris intentio non ad nuda ista verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Non dicet igitur expressè se rem usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem rectè instituendam pertinet, causam actionis sua intentione complectetur. Dicet, se rem, de qua agitur, bona fide v. c. emisse à Lucio Titio, & ab eo sibi traditam bona fide accepisse petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit vi ipsa intendere videtur se usucepisse, quia idem petit & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si usucepisset. In causis ex quibus & qui nondum possessionem nactus est, Publiciana agere potest, dicet actor rem sibi à L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex senatusconsulto obtinet: quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione non inchoata *d. l. 12. §. 1. d. l. 15. de Publ. in rem* dominium quasi usucapione quæsitum fingi prætendi non potest. Hæc olim fuit Petri Bellaperrica opinio, probata Jo. Fabro in *§. Inst. eod. n. 12.* & Donello in *§. 4. eod. n. 4. &*

CAPUT XXVIII.

Ususfructus sitne dividuus an individuus?

QUæstio hæc non tantùm ad usumfructum pertinet, sed etiam ad cæteras res incorporales; puta hæreditatem, obligationes & actiones, exceptis servitutibus prædiorum & nudo usu quæ individua esse apud omnes in confesso est. Dividuum nostris est, quod dividi potest sive in partes numero discretas, ut decem aurei, decem boves, centum amphoræ vini: sive in partes corporum ut omnes res corporales, fundus, homo, navis, &c. licet plerumque harum rerum divisio in partes discretas fieri non possit, sine rei interitu aut corruptione, veluti si homo gladio in partes secetur. Navem si dividas, inquit Cascellius apud Macrobium, nec tu nec socius habebitis. Sed juris nostri auctores alia ratione dividendi utuntur, ad commoditatem hominum & rei cujusque naturam accommodata, *l. 9. §. 1. ff. de solut.* Cùm enim de divisione in partes corporis loquuntur, non intelligunt partes discretas & naturaliter divisas, sed indiscretas & inter se confusas, ac intellectu magis, quàm corpore divisas, ipso rei corpore integro manente: verbi causa, cum dicimus Titium & Sempronium ejusdem rei esse dominos, rem divisam in partes esse significamus, quarum unam Titius, alteram Sempronius habeat. Verùm hæ partes corporaliter separatæ non sunt, sed confusæ & commixtæ, ut neuter possit suam partem à parte socii sui discretam ostendere, *l. 5. ff. de stipul. serv. l. Mævius. 66. §. 2. ff. de legat. 2.* Atque hæ partes propria appellatione partium continentur; quia cum divisio ac separatio corporalis fit, jam non amplius uno corpore tenentur; sed singulæ per se corpus discretum constituunt, & totum quiddam verius, quàm pars fiunt: verbi causa, si fundus in partes pro diviso dividatur, jam duo fundi esse incipiunt, *l. rectè. 25. §. 1. ff. de verb. sign. l. 6. §. 1. ff. comm. præd.* Quamvis autem dividuitas per se non potest convenire nisi corpori sive rei corporeæ nihil tamen prohibet quominus etiam res incorporales, mo-

o tales sint, ut quod ex his percipitur, natura ividi possit, intellectu in partes pro indiviso ecernantur, ut non ex eo, quod sunt natura di-iduitas in his æstimetur, sed ex emolumento, uod propter partem divisim percipitur: cùm n emolumento ipsa pars quodammodò percipi ideatur. Cujusmodi res sunt hæreditas, obliga-io & petitio cujusque rei dividuæ, usufructus. Quidquid enim recipit communionem, talem etiam recipit divisionem. Hoc interest inter res plerasque mobiles, puta servum, equum & res incorporales, quod illæ per rerum naturam etiam facto ipso dividi pro partibus divisis, & ita corrumpi possunt: at hæ, jura incorporalia ne quidem per rerum naturam facto ipso dividi possunt. Ea, quæ in nominibus sunt, in judicio familiæ erciscundæ non dividi, cum ipso jure in portiones hæreditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint, legimus in *l. 6. C. fam. ercisc.* De hæreditate, nisi testator aliter diviserit, eam distribui in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur, § *hæreditas* 5. *Instit. de hæred. instit. l.* 11. §. 1. *ff. eod. ad d. l.* 1. §. 1. 3. & 4. *ff. si pars hæred. petit.* De usufructu, de quo hîc ex professo, eum pro parte constitui posse, & legitimo tempore similiter amitti, *l.* 3. *ff. de usufruct.* pro parte nos frui posse, uti non posse, *l. usus* 19. *ff. de usu & habit.* usumfructum dividi posse, nec sicut cæteræ servitutes individuæ sunt, ita & ipsum individuum esse, *l.* 1. §. *si ususfructus* 9. *ff. ad leg. Falcid.* Usumfructum legatum venire in computationem legis Falcidiæ, quia divisionem recipit: adeo ut si duobus legatus fuerit, ipso jure ad singulos partes pertineant, *l. si usufructus* 81. *ff. eod. titul.* Cernitur autem maximè hæc dividuitas, cùm pluribus in eumdem usumfructum conjunctis aut concursu partes fiunt; aut deficientium partes conjunctis accrescunt, *tot. tit. ff. de usufr. accresc.* Nec putandum est usumfructum dici dividuum tantùm respectu partium fundi fructuarii: possunt enim in eodem fundo indiviso partes usufructus diversæ à diversis haberi: & cùm in judiciis divisoriis cautionibus interpositis, qualiter fruantur, à communione disceditur, aut cùm per legem Falcidiam usufructus minuitur, non ideo fundus in plures partes minutiores dispescitur, *l. si cujus* 13. §. 3. *ff. de usufr. l.* 7. §. *cum de usufr.* 10. *ff. comm. div. l. & puto* 16. *pr. ff. famil. ercisc.* Cur igitur servitutes prædiorum individuæ, *l. viæ* 17. *ff. de servit. l.* 1. §. *si usufructus* 9. *ff. ad leg. Falcid. l. stipulationes non dividuntur* 72. *ff. de verb. oblig.* Resp. hoc non ex eo est, quod sunt res incorporales, ne quis erret; sed quia in solo usu consistunt; & solo servitute utentis facto, puta euntis, agentis, aquam ducentis, tignum immittentis, projicientis, &c. terminantur, nulla re relicta, quæ dividi possit. Usufructus autem dividuus est, quia licet & ipse in facto ab initio consistat, *l. un. ff. quand. dies usufr. leg.* facto tamen solo non terminatur, sed post se relinquit & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem, qui fructus cum dividi possint, etiam jus eorum percipiendorum, dividuum habetur: quamvis ipsius juris nulla sit physica divisio. Recipiunt quidem & prædiorum servitutes divisionem per tempora, sed ita usus servitutum non dividitur, sed per intervalla distinguitur, ut nihilominus tota semper utamur servitute, *l.* 5. §. 1. *ff. de servit.* & est tantùm modus adjectus toti sive usui totius, *l. arbor* 19. §. *ult. ff. comm. divid.* Putaverit tamen aliquis non magis usumfructum, quàm usum dividuum dici posse, cum usus, ut disputat Hotomannus *illust. quæst.* 20. sit pars homogenea usufructus, usus autem cujusque semper in solidum est, *l. usus* 19. *ff. de us. & habit. l.* 3. §. *ult. ff. commod.* Sed falsum est, quod Hotomannus assumit, usum formalem sive separatum partem esse sive homogeneam sive heterogeneam usufructus: & partium illa in similares & dissimilares distinctio, propria est partium distinctio.

Ex contrario putaverit aliquis non minus usum quàm usumfructum dividuum esse, & partes pro indiviso recipere, quoniam usus nihil aliud sit, quàm parvus quidem usufructus. Sed & hoc quoque falsum est: nam usufructus continet omnem utilitatem, quæ ex re percipi potest, usus solos eos fructus, qui necessitati utentis sufficiunt. Nihil impedit, fructus omnes inter plures dividi: at res non patitur, ut plures simul, quisque ad suam necessitatem, & tamen pro parte re utantur. In usufructu nulla habetur ratio necessitatis fructuarii, sed tantùm fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire possunt, nam fruimur etiam ad compendium: in usu vero non ad fructus respicitur; sed tantùm ad indigentiam personæ usuarii, cujus solo facto & consumptione usus terminatur, nihil relinquens quod dividi possit: in quo usus similis servitutibus prædiorum. Plures in eumdem usumfructum conjungi possunt, in eumdem usum plures conjungi non possunt: qua enim ratione usus divisionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Hinc est, quod usus admissus semper ad proprietatem redit, usufructus amissus ad conjunctum, *tit. ff. de usuf. accresc.*

Exemplo res fiet illustrior. Ponamus sylvæ amplæ & copiosæ usum tribus personis legatum esse quæ vel decem satis lignorum ad rei familiaris usum suppeditare queat. Hîc legatarii non habent tres partes (divisas vel indivisas)

unius usus, sed pro se quisque usum solidum & distinctum. Contra est si hunc usumfructum pluribus legatum esse ponamus. Nam unius rei possint plures esse usus, quia nihil impedit, quominus quisque verbi causa, tantùm lignorum cædat, quantùm ei sufficiat, ad usum & consumptionem quotidianam. Ususfructus autem non nisi unus ejusdem rei esse potest, cùm per rerum naturam fieri nequeat, ut plures in solidum fruantur, & singuli omnem fructum atque utilitatem percipiant. Si equi ususfructus duobus legatus sit; equus locari potest & pensio inter utrumque dividi, *l.* 7. §. *cum de* 10. *ff. comm. div.* Si usus equi legatus, locari nequit, sed tantùm uterque ad suam necessitatem equo uti potest. Quod si uterque eodem tempore in ligeant ad negotia sua, apparet eos in usu concurrere non posse; nec ita igitur res transigetur, ut *d. l.* 7. §. 10. sed necesse erit uni soli usum adjudicari, & hanc alteri in præstationem æstimationis partis condemnari, *l. item* 10. §. 1. *ff. d. tit.* aut utendi facultatem temporibus inter eos dividi, arg. *l. arbor* 19. §. *ult. ff. eod.* Atque hoc ita propter necessitatem, *d. l.* 10. §. 1. Reddetur autem utile communi dividundo judicium per *l. si cum duorum* 32. *ff. de stip. serv.* Non obstat, quod apud Ulpianum legimus, si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, *l. per servum* 14. §. 2. *ff. de usu & habit.* quoniam in tali specie ita concurrit cum usuario fructuarius, ut percipiat, quod usuario superest; & ipse interim etiam fruendi causa usum habeat, seu usum causalem, qui fructui semper inest, *l. si alii* 42. *junct. d. l.* 14. §. 1. *ff. eod.* Quod verò generaliter traditum est in *l. stipulatione* 71. *ff. de verb. oblig.* viam, iter, actum, cæterasque servitutes divisionem non recipere, id ad usumfructum non pertinet, sed eo sensu dictum est, quo servitutes prædiorum per excellentiam absolutè ita nominantur, §. *ult. Inst. de usu & habit. l.* 4. *& passim ff. de servit.* DD. comm. *ad d. l.* 72. *& ad l.* 2. *ff. de verb. obligat.* Gomez. 2. *resolut.* 10. *num* 18. Castil. *tract. de usufruct.* 31. Dissentit. Hotom. *quæst. illustr. c.* 20. cujus objectionibus facilè ex iis, quæ à nobis disputata sunt, occurri potest.

CAPUT XXIX.

An testator possit fructuario remittere partem cautionis fructuariæ, quæ est de finito usufructu restituenda?

JUs est usufructuario rebus alienis utendi fruendi, sed salva rerum substantia, id est dum ita utatur fruatur, ut rem salvam servet domino. Quapropter, ut dominus securus esse possit de proprietate, desiderante eo fructuarius cavere cogitur, & usurum se boni viri arbitratu, & cùm ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit, *l.* 1. *& tot. tit. ff. usufr. quemad. cav.* quæ cautio satisdatio est, id est cavere debet fructuarius datis fidejussoribus, *l.* 13. *pr. ff. de usufr. l.* 4. *C. eod.* habet autem ista stipulatio duas causas, propter quas interponitur, unam de usu, alteram de restitutione; quarum prior sæpius committi potest, quoties nimirum aliter utitur fructuarius, quam vir bonus arbitrabitur: posterior semel duntaxat, usufructu scilicet quoquomodo definito, *d. l.* 1. §. *pen. usufr. quemad. cav.* Pertinet porrò hæc cautio ad omnem fructuarium, *d. l.* 13. *ff. de usufr. d. l.* 1. §. 1. *&* 2. *l.* 9. §. 1. *ff. usufr. quem cav.* excepto patre fructuario bonorum filii adventitiorum, *l.* 6. §. *non autem l. ult.* §. 4. *in fin. C. de bon. quæ lib.* quod datum reverentiæ paternæ; item eo, cui usufructu purè legato proprietas ex die debetur ex dicti nimirum sententia, quia certum est proprietatem ad eum perventurum, *l.* 9. §. *ult. ff. usufr. quem. cav.* Interpretes & fiscum excipiunt, & donatorem omnium vel etiam partis bonorum retento usufructu. Quod rationem habet, per *l.* 1. §. *si ad fiscum* 18. *ff. ut leg. nom. cav. & l. inter eos* 19. §. 1. *ff. de re jud.* Sed & in quasi usufructu cautio à fructuario præstanda, (& ipsa satisdatio est) nimirum se cùm morietur ut capite minuetur restituturum non eadem quidem corpora, quæ accepit, quod iis consumptis fieri non potest, sed tantumdem, aut eorum æstimationem, §. 2. *Inst. de usufr. l.* 7. *ff. de usf. ear. rer. quæ us. cons.* Nam clausula de utendo boni viri arbitratu ad quasi usumfructum pertinere non potest, ut rectè Castillo *tract. de usufr. c.* 15. *num.* 33. In utroque autem usufructu & verò & quasi, cautio adeo necessaria esse putatur, ut ne testator quidem eam remittere fructuario valeat, per *l. pen. C. ut in poss. legat. l.* 1. *C. de usuf. l.* 6. *ff. ut in poss. legat.* Gail. 2. *obs.* 145. Castill. *d. tract.*

t. 15. *post DD. in d. l.* 1. *& d. l. pen.* Et quidem illud constat remissione cautionis facta à testatore non vitiari legatum ipsum usufructus, sed non obstante hac remissione legatarium cautione oblata usumfructum petere posse, *l.* 6. *ff. ut in poss. leg. l.* 1. *C. ac usufr.* quamvis contrarium putet Hunnius *resol. ad Inst. lib.* 2. *tract.* 2. *quæst.* 26. idque duplici, sed utroque inepto & futili argumento. Primum petitum est ex *l.* 7. *pr. ff. usufr. quem. cav.* ubi Jurisconsultus ait, si res usus fructus nomine non exacta satisdatione tradita sit, posse hæredem rem vindicare, & si objiciatur exceptio de re usufructus nomine tradita, replicandum esse. Respondeo primum, idem obtinere, & si testator cautionem non remisit, neque ullum in eo textu verbum extare, unde colligi possit, de eo casu loqui Jurisconsultum, quo cautio remissa est. Sententia Jurisconsulti minimè obscura, sed plana est, nempe si hæres forte per oblivionem cautione non exacta rem fructuariam tradidit posse eum rem vindicare, & excipientem legatarium de re usufructus nomine tradita, nisi paratus sit satisdare, replicatione doli mali removere. Alterum argumentum Hunnii est, quia quicquid contra legem fit, ipso jure nullum est. Concedimus nullum esse, quod contra legem fit, sed non ultrà quam quatenus in legem peccatum est. Non peccat autem testator in legem legando usumfructum, sed contra legem facit remittendo cautionem: quam remissionem idcirco etiam nullius momenti esse fatemur. Sic etsi donatio quæ summam quingentorum solidorum excedens actis insinuata non est contra legem fiat, non tamen ideò in totum irrita est, sed tantùm quatenus legitimum modum excedit, *l. sancimus* 34. *C. de donat.* Cæterum an in totum verum sit & ad utramque clausulam cautionis fructuariæ pertineat, quod vulgo traditur, cautionem istam à testatore remitti non posse, merito dubites, in quasi usufructu, quoniam proprietas transit in fructuarium, nec fructuarius præstat cautionem de re boni viri arbitratu utenda, & finito usufructu restituenda ipsa re, sed tantum de restituenda tantumdem, non potest testator remittere cautionem de tali vel tali summa restituenda, *l.* 6. *ff. ut in poss. leg. l.* 1. *C. de usufr.* Ratio est, ut hac saltem via securitatem sibi addere possit proprietarius, quippe qui hîc finito usufructu nullam actionem in rem adversus fructuarium habeat, sed personalem duntaxat; scilicet quantitatis condictionem, *l.* 5. §. 1. *ff. de usuf. ear. rer.* quæ actio proprietario inutilis erit, si finito usufructu debitor inops reperiatur. At in vero & proprio usufructu, cùm cautio ad hæc duo pertineat, primum ut fructuarius boni viri arbitratu utatur fruatur; deinde ut rem finito usufructu restituat, hic primam quidem cautionem testator remittere non potest, *l. pen. C. ut in poss. leg.* quoniam remoto hujus cautionis metu invitaretur ad delinquendum in re aliena, quod fieri non debet, arg. *l. si unus* 27. §. 3. *ff. de pact.* tum etiam quia hic hæres quidem habiturus est actionem contra fructuarium, ubi res negligentia ejus deterior facta est, *l.* 13. §. 2. *vers. denique ff. de usufr.* cæterum quæ hæredi inutilis futura, si forte finito usufructu ad inopiam fructuarius redactus fuerit. At probabiliter defendi potest, testatorem posse remittere cautionem de re restituenda: quia etsi ea omissa sit, habet tamen proprietarius actionem in rem, qua rem ipsam finito usufructu vindicet, *l.* 3. §. *ult. l.* 7. *pr. l. ult. vers. si igitur ff. usuf. quem. caveat.* & sic potest testator prohibere ne legatarii, aut fideicommissarii cautionem ab hærede exigant nomine legati vel fideicommissi, *l.* 1. *pr. ff. ut leg. nom. cav. l. pen. C. ut in possess. legat.* & ideo in *d. l. pen.* non vetatur testator remittere satisdationem de re finito usufructu restituenda, sed duntaxat de utendo fruendo boni viri arbitratu. Ita memini disputare solitum virum clarissimum & Collegam quondam nostrum D. Petrum Cunæum piæ memoriæ.

CAPUT XXX.

An in argumento de servitutibus prædiorum sola ædificia ad usum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda?

Sicut prædia vel urbana sunt, vel rustica, ita & servitutes, quæ iis inhærent vel urbanorum prædiorum sunt, vel rusticorum, sic enim à subjectis servitutes distinguuntur, *l.* 1. *ff. de servit.* Prædia rustica sunt loca ædificiis vacua, in urbe area, horti, ruri ager, *l. fundi* 211. *ff. de verb. sign.* Urbana autem prædia in hac materia appellamus ædificia omnia, etsi in villa ædificata sunt. *l.* 2. *ff. comm. præd.* §. 1. *Inst. de serv. præd.* Quæ igitur locis puris inhærent prædiorum rusticorum servitutes sunt; quæ ædificiis, prædiorum urbanorum: distinctione scilicet non à loco sumpta, sed à materia vel genere prædii, *l. urbana* 198. *l. fundi* 211. *ff. de verb. sign.* Sunt tamen, qui à fine sumptam putant, & ea sola ædificia urbanorum prædiorum numero esse, quæ habitandi causa parata sunt: horrea autem quæ ruri ædificantur, ad fructus reponendos & custodiendos, magis esse ut prædia rustica cen-

ſeantur, *Cæpoll. de ſervit. urb. c.* 11. *nu.* 2. Mynſ. Welemb. Vul:. *ad* §. 1. *Inſt. de tit.* Bronch. *cent.* 1. *aſſ.* 95. Sed male mea quidem ſententia, quod quidem ad propoſitam tractationem attinet. Fac enim unum è dominis, qui vicina aut contigua horrea habent, alteri, cui fortè ad grana à palæis repurganda flatu venti opus ſit, ceſſiſſe ſervitutem altius non tollendi, aut jus alteri conſtituiſſe tigni immittendi in parietem horrei ſui. Hæ ſervitutes utique urbanæ dicendæ ſunt, non ruſticæ. Quid enim intereſt, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur, in parietem horrei, an in quem alium tignum immittatur? In conſtituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nuntiando. Ratio autem non patitur, ut una eademque ſpecie ſervitus nunc urbana, nunc ruſtica dicatur. Non eſt tamen hæc ſententia uſquequaque expedita. Scribit enim Neratius, *l.* 2. *ff. de ſervit. præd. ruſt.* licere altius tollere & officere prætorio vicini ſervitutem eſſe prædii ruſtici: atqui prætorium ſignificat id ædificium, in quo dominus, ſi quando ruri eſt, habitat, ſeparatum ab habitatione villici, ut ex Columella & Palladio conſtat, quale tamen prædium urbanum eſſe cæteri omnes fatentur. Reſp. Neratium illic ſuo arbitrio loqui, non conſiderato juris effectu. Quod ut perfectiùs intelligatur, ſciendum eſt, prædia, eorumque jura dupliciter conſiderari, vel ſimpliciter, qua conſideratione nihil prohibet ea loco diſtinguere, quod fecit Neratius, vel cum effectu juris: qua conſideratione nunquam loco diſtinguuntur. Cùm quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non autem in invectis & illatis in prædium ruſticum à colono, *l.* 4. *l.* 7. *ff. quib. in cauſ. pign. tac.* urbanum prædium accipimus etiam tabernas, ſtabula, aliaque meritoria, etiam quæ non ſunt continentibus ædificiis, ſed in villis & vicis, vel ipſo teſte Neratio, *d. l.* 4. §. 1. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac cauſa prædia ruſtica habentur *arg. l. urbana* 198. *de verb. ſign.* Cùm quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum 25. annis, quæ ſi ruſtica ſint aut ſuburbana, oratione Severi ſine decreto prohibentur alienari, *l.* 1. *ff. de reb. eor. qui ſub tut.* (quod conſtitutione Conſtantini ad urbana quoque prædia poſtea extenſum eſt, *l.* 22. *C. de adm. tut.*) prædia à fine & uſu diſtinguuntur & ruſtica quoque intelliguntur horti olitorii & vinarii, qui in urbe ſunt, & villæ fundi cauſa & propter opus ruſticum ædificatæ: reliqua ædificia, ſtabula meritoria, etſi ruri ſint, horti quoque ædificiorum, unde nihil aut parum reditus, & multò magis area pro prædiis urbanis habentur, *d. l. urbana* *de verb. ſign.* quo loco Ulpianus orationem illa Severi interpretatur, ut Cujac. 7. *obſ.* 24. *&* Godo *ad d. l. urbana* bene obſervaverunt. Similiter cu de ſervitutibus ſimpliciter quæritur, quorum præ diorum ſint loco itidem, ut prædia ipſa, diſtin gui poſſunt, quod fecit Neratius, *d. l.* 2. *ff. de ſerv præd. ruſt.* At cum quæritur de vi & effectu juri in iis conſtituendis, acquirendis, amittendis, pig norandis, novo opere earum nomina nuntiando (vide *l.* 1. *l.* 6. *ff. de ſerv. præd. urb. l.* 6. *l.* 7. §. 1. *ff comm. præd. l.* 11. §. *ult. & l. ſeq. ff. de pig. l.* 5. §. E *Bell.* 9. *l.* 14. *ff. de op. nov. nunc*) loci ratio nulla habetur. Sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ, quæ locis puris, ruſticæ dicuntur. Et quia hac conſideratione neque ulla ædificia poſſunt eſſe ſubjectum ſervitutum ruſticarum, nec loca ulla ædificiis vacua ſubjectum urbanarum, hinc factum, ut ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis ſunt, ſive ad uſum urbanum, puta ad habitandum, ac viatores recipiendos, aliumve quæſtum faciendum comparata ſint, ſive ad uſum ruſticum, ad fruges condendas & cuſtodiendas, ad ſtabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe & horti ad voluptatem comparati, prædia ruſtica, diſtinctione ſubjecti ad naturam ſervitutum accommodata, idque contra Cœpollam & alios ſupra allegatos etiam Bachovius benè obſervavit ad §. 1. *Inſtit. de ſervit. præd.* Non obſtant iis quæ diximus, *l.* 7. § 1. *l. iter.* 14. *ff. comm. præd. l. ſervitutes* 20. §. 1. *ff. de ſerv. præd. urb.* ubi iter dicitur deberi per prædium urbanum. Nam & iter, quod debetur per ædes, ſervitus ruſtica eſt: quippe quod ferè debetur per aream, quæ hîc inſtar fundi habet: neque etiam ad iter, qua debetur per ædes, quicquam ſtructura ædificii facit, imò magis eſt impedimento, Ulpianus in *l.* 11. §. 1. *ff. de publ. in rem act.* aquæductum per domum tranſductum vocat ſervitutem prædii urbani; quæ tamen & ipſa revera ruſtica eſt, ſi de vi & effectu juris, de quo ſuprà diximus, quæritur, & ſervitutum diſtinctio non à re, quæ debet ſervitutem, ſed ab ea, cui debetur, ſumitur, *l.* 1. §. *& datur.* 43. *ff. de acq. cott. & æſt.* Denique ſublato ædificio hujus modi ſervitus adhuc præſtari poteſt. Sed per hoc non ſatisfit arg. *ex ſupracit. l.* 20. §. 1. ibi enim non per domum ſed ad domum debetur iter, conſequenter dicetur à prædio donante ſervitus urbana quæ alias eſt ruſtica.

CAPUT XXXI.

An in præscriptione servitutum semper opus sit titulo?

SErvitutes, utpote res incorporales, in quas non cadit possessio, natura sua usucapi non possunt, *l. servus* 43. §. 1. *ff. de acq. rer. dom. l. servitutes* 14. *ff. de servit. l. si aliena* 10. §. 1. *ff. de usuc.* Et quamvis olim moribus sive auctoritate prudentum introducta esset servitutum in prædiis urbanis usucapio, quod in his videatur esse continua quædam, si non possessio, at saltem quasi possessio, cùm rusticarum servitutum usus non ita sit continuus: tamen quia nec urbanæ servitutes verè possidentur, lex Scribonia denuò harum usucapionem, quæ moribus contra rationem juris invaluerat, sustulit, ut post legem Scriboniam & tempore mediæ jurisprudentiæ non magis urbanorum prædiorum servitutes, quàm rusticorum usucapi potuerint, *l.* 4. §. *ult. ff. de usuc. d. l.* 10. §. 1. *eod. d. l.* 14. *ff. de servit.* ubi duplex ratio affertur, cur prædiorum rusticorum servitutes non usucapiantur. 1. Quia incorporales sunt, ac proindè nec possidentur. 2. Quia earum usus non est continuus, sed interruptus. Prior ratio etiam locum habet in servitutibus prædiorum urbanorum, & sola sufficit ad impediendam usucapionem: atque ideo in *fin. pr. d. l.* 14. additur, *Idem & in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* Posterior autem causa cessat in servitutibus urbanis: atque hinc harum duntaxat usucapio, non etiam rusticarum introducta fuit.

Etsi autem servitutes usucapi nequiverint, id est, biennio, quo tempore olim usucapio rerum immobilium in solo italico implebatur, acquiri: tamen potuerunt decem vel inter absentes viginti annorum diuturno usu ita acquiri, ut tanquam jura impositæ, utilibus actionibus vindicarentur, *d. l.* 10. *ff. si serv. vind. l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv. arc.* Atque eo pertinet, *l.* 2. *C. de serv. & aq.* ubi Antonius ait, servitutes tempore acquiri exemplo rerum immobilium: nempe præscriptione, quæ non directam, sed utilem actionem dat: & de rebus immobilibus seu prædiis provincialibus, quorum non erat usucapio, sed duntaxat præscriptio. Sic idem Imperator in *l.* 1. *C. eod. tit.* non loquitur de usucapione servitutis, sed de præscriptione, quæ longi temporis consuetudine vicem servitutis obtinet. Porrò decem annorum usu, qui pro possessione est, omnes servitutes acquiruntur, generalis enim est definitio, *d. l.* 10. *ff. si serv. vind. d. l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* Ac proindè rejiciendum est discrimen inter servitutes continuas & discontinuas, quasi illæ decem annis, hæ non nisi tempore immemoriali præscribantur. Quamvis enim usus corporalis in plerisque servitutibus rusticorum prædiorum, puta itinere, actu, &c. continuari nequit, *d. l. servitutes* 14. *ff. de servit.* possessio tamen earum non admittitur quamdiu animo retinetur. §. 5. *Inst. de interdict. l.* 3. §. *sed &* 7. *ff. de acq. poss.* Nam quod istis locis de rebus corporalibus dicitur, id vel magis in rebus incorporalibus obtinere debet, & est hujus rei argumentum in *l.* 1. §. 2. *ff. de itin. act. priv.* Hodie post transformatam à Justiniano usucapionem, & usucapionem rerum soli cum longi temporis præscriptione confusam, servitutes tam usucapione, quàm præscriptione acquiri rectè defendi potest, usucapione videlicet Justinianea, arg. *l. ult. in fin. C. de præs. long. temp. junct. l. un. C. de usuc. transform.*

Existimo autem, quæ & communis est sententia, servitutes duobus modis per se & principaliter longa quasi possessione acquiri posse. Aio per se & principaliter, quoniam servitutes etiam cum ædificiis longo tempore capi possunt, *l.* 10. §. 1. *ff. de usuc.* sed uno duntaxat modo, quo scilicet & ipsa ædificia: ac tum non tam ipsa servitus usucapitur, quàm prædium quod usucaptum suæ conditiones sequuntur, arg. *l. via* 23. §. 2. *ff. de serv. præd. rust. l. traditio* 20. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Primus modus, quo servitus per se longo usu acquiritur, est, si servitute ex justa causa sive titulo à non domino prædii, quem tamen dominum esse credebamus, constituta per decem vel viginti annos continenter usi fuerimus, qui modus cum rerum corporalium usucapione seu præscriptione communis est, ac de hoc modo accipienda est *l. ult. C. de long. temp. præsc.* ut patet ex ipso contextu. Et quia hîc possessionis initium est à non domino prædii, ideo etiam titulus hîc necessarius est: at contra ignorantia dominum nihil juvat, uti nec in usucapione rerum corporalium *d. l. ult. C. de præsc. long. temp.* Alter modus servitutum est proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id est, domino prædii servientis sciente & patiente, quod hîc pro traditione & vice boni initii est, per continuum legitimi temporis spatium servitute usi sumus. Nimirum quia hîc initium possessionis est ab ipso domino, ideo scientiam quidem domini, à quo possessionis initium profectum est, requirimus: titulum autem non item, quoniam si etiam titu-

lus adesset, puta si dominus prædii mihi servitutem constituisset & tradidisset ex causa venditionis, donationis, &c. servitus statim citrà præscriptionem pleno jure acquireretur per *l. nunquam* 31. *pr. ff. de acq. dom.* §. *per traditionem* 40. *Inst. eod.* Ad hunc posteriorem modum pertinet *l. si quis* 10. *ff. si serv. vind. Si quis*, inquit ibi Ulpianus, *diuturno usu & longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos fortè tot usum se, non vi, non clam, non precario, possedisse.* Displicet quidem hæc sententia Francisco Duareno *l. 1. d. c.* 34. ubi verba illa Ulpiani, *non est ei necesse docere de jure quo aqua constituta est*, interpretatur de jure civili & directo, quasi hæc sit Jurisconsulti sententia ei qui ita aquæ ductum nactus est, rectè servitutem quæsitam videri, quamvis jure, id est, jure civili & directo non sit constituta, & ob id eum non debere probare de justa servitutis constitutione, puta eam sibi donatam, aut legatam, &c. esse. Sed hæc interpretatio neque verbis Ulpiani neque sententiæ convenit. Verbis non convenit, quia Ulpianus ipse exemplo declarat, se verbo juris intelligere titulum, dum ait, *veluti ex legato*, ut perinde habendum sit, ac si dixisset, non esse utendi necesse docere de titulo, quo aqua constituta sit. Nam ut hoc exemplo intelligamus non titulum possessionis acquisitæ, sed modum, quo aqua jure civili imposita sit, verba non patiuntur: potest enim servitus legari ab eo, qui non sit dominus fundi, à quo servitutem jure constitutam nemo dixerit. Quod si à domino legatam accipimus, jam hoc non conveniet Jurisconsulti sententiæ, qui quæstionem proponit de eo, qui jus aquæ ducendæ nactus est diuturno usu & longa quasi possessione. At cui à domino prædii servitus legata est, is eam statim à principio sibi rectè constitutam habet. Similis locus superiori est in *l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* ubi idem Jurisconsultus definit, in servitutibus hoc nos sequi, ut ubi servitus non invenitur imposita, videatur is habuisse longa consuetudine, velut jure imposita servitutem, qua diu usus est nec vi, nec clam, nec precario. Non invenitur servitus imposita cum non invenitur titulus, quo est imposita: nam tituli sunt causæ, ex quibus res quæque acquiruntur. Ait Jurisconsultus hoc jus nos sequi in servitutibus, quo significat hoc esse servitutum proprium; & in eo esse aliquid diversum ab usucapione, & præscriptione rerum corporalium; nihil autem hîc proprium esset servitutum, si in hac acquisitione etiam titulum possessionis exigeremus. Ait denique longa consuetudine servitutem ita acquiri, si quis usus sit nec vi, nec c[lam,] nec precario: quibus verbis exigitur, ut usu[s sit] domino prædii sciente: ac titulo accedent[e] bona fide, ignorantia domini usucapionem [&] longi temporis præscriptionem non impedi[t] *ult. in fin. C. de præscr. long. temp.* Denique i[d] planè significatur in *l. 2. C. de serv. & aq.* ne[m] jus aquæ ducendæ longo tempore acquiri, si q[uis] per fundum sciente & patiente domino fu[ndi] aquam tanto tempore duxerit. Non potest [id] sine vitio intelligi de eo, qui titulum habet: N[am] si eum habeat à domino, statim illi servitus qu[æ]sita est: si à non domino, procedit longi tem[]poris præscriptio etiam vero domino ignora[nte] *d. l. ult. C. de long. temp. pr.* Unde etiam liq[uet] illa Imp. Antonini verba, *in d. l. 2. servitu[tem] exemplo rerum immobilium tempore quæsisti*, con[ti]nere duntaxat comparationem servitutum & re[]rum immobilium ratione temporis, quo per po[s]sessionem acquiruntur; non autem simplicem [] respectu omnium conditionum: ut hic sit sensu[s] quemadmodum res immobiles soli provincia[lis] (loquitur enim Imp. non de usucapione rer[um] soli Italici, quæ biennio implebatur, sed de lon[]gi temporis præscriptione, quæ locum habeb[at] in prædiis provincialibus) longi temporis po[s]sessione quæri possunt, ita posse & servitute[m] aquæ ductus acquiri si quis aquam per fundu[m] domini eo sciente nec contradicente per ide[m] tempus duxerit. Frustra igitur hunc locum con[]tra communem urget Corasius in *l. servitutes* 14 *n. 31. ff. de servit.* Moveri non debemus *l. nul[lam]* 24. *C. de rei vind. l. ult. C. de usuc. pro hærede* aut similibus locis, quibus traditur, nullo just[o] titulo præcedente possidentes dominium quære[]re prohiberi; usucapionem non præcedente ve[]ro titulo non procedere. Nam & possessionis & dominii, & usucapionis verba; quibus istæ sententiæ conceptæ sunt, declarant eas pertinere ad usucapionem rerum corporalium, in quas solum propriè cadit possessio, usucapio, dominium. In his rebus & nos concedimus nullam esse usucapionem, nisi justo titulo præcedente. At in servitutibus distinctio superior observanda est, ut siquidem initium possessionis servitutis profectum sit à non domino prædii, qui tamen dominus esse putabatur, etiam titulus ad servitutem tempore acquirendam desideretur, ut in usucapione rerum corporalium, *l. ult. C. de long. temp. præscr.* At ubi possessionis initium proficiscitur ab ipso fundi domino, qui sciens patitur nos per longi temporis spatium servitute uti, ita nos usos esse ad præscriptionem servitutis sufficit, nec titulus requiritur, imo non nisi ineptè, ut suprà ostendimus, requireretur. Atque eo pertinet, quod dicitur in *l. fin. ff. de aq. & aq. pluv.*

-lav. in servitutibus hoc nos jus sequi. &c. nimi-um in servitutibus solis, non etiam in rebus cor-poralibus, aut ipsis prædiis. Ne quis autem cap-iet, quod suprà diximus, scientiam & patien-tiam domini in hac acquisitione servitutis esse vice boni initii, & quoque loco traditionis, at-que inde colligat ita statim servitutem quæri, non ex longa temporis possessione: is cogitet hîc abesse titulum, & ideo per hanc quasi traditio-nem non statim servitutem nostram fieri, *arg. l. nunquam* 31. *ff. de acq. rer. dom.* sed hoc tantùm effici, ut locus sit præscriptioni, vide Balbum *de præsc. p.* 2. *q.* 2. *n.* 1. *quar. part. princ.* Covar. 1. *var. resol. c.* 17. *n.* 7. Costal. *in l.* 10. *ff. si serv. vind.* Castill. *tract. de usufr. c.* 68. *n.* 16. Fachin. 7. *contr.* 22. & in primis Donell. 18. *comm.* 12. Dissent. Duar. 1. *disp.* 34. Hotom. 8. *obs.* 13. Co-ras. *loco suprà allegat.* Revard. *ad leg. Scribon. c.* 7. quorum singulorum argumentis ex professo oc-currit Schifordeger. *lib.* 1. *tract.* 6. *q.* 1. *& seqq.*

CAPUT XXXII.

An quæ servitutes prædiorum pignori dari possint?

Certi atque explorati juris est, fructuarium posse usumfructum, id est, jus utendi fruendi pignori hypotecæve dare, etiam invito proprietario, & si velit proprietarius cum creditore agere, non esse ei jus uti frui invito se, prætorem exceptione tueri creditorem, *l.* 11. *pen. ff. de pign.* ubi hujus rei etiam ratio redditur quod & emptorem usufructus prætor tueatur, ducto scilicet argumento à majori, *l.* 9. §. 1. *ff. eod.* Est & alia ratio, quia fructus rei etiam in eo est, ut pignori dare liceat, *l. ult.* §. *de usur. l. fructus* 72. *ff. de reg. jur.* Non obstat *l.* 16. *C. de usuf.* quia non loquitur de oppignoratione ususfructus; sed proprietatis, cujus pignerandæ jus nullum usufructuarius habet. Contra autem Jurisconsultus in *d. l.* 11. §. *ult. ff. de pign.* de servitutibus prædiorum urbanorum definit, nempe jura prædiorum urbanorum pignori dari non posse. Concepta est hæc definitio nominatim de servitutibus prædiorum urbanorum: unde quidam existimaverunt, eam ad jura prædiorum rusticorum non pertinere. Sed verius est non magis servitutes prædiorum rusticorum pignori dari posse, quam urbanorum; eamdemque in proposito harum atque illarum esse rationem. Argumenta sunt hæc. 1. quia servitutes prædii, sunt prædii qualitates, *l. quid aliud* 86. *ff. de verb. sign.* prædio cui constitutæ ut subjecto suo sic inhærentes ut ab eo divelli nequeant, & in aliud transferri sine consensu domini prædii servientis, ac proinde non nisi oppignerato simul prædio oppignerari possunt, sicuti nec vendi possunt sine prædio: quamvis prædio vendito simul cum prædio, cui debentur transferuntur, *l. traditio* 20. §. 1. *ff. de acq. rer. dom. junct. l. cum essent.* 53. §. 1. *de serv. præd. rust.* Bronch. *cent.* 2. *ass.* 75. Prædio autem ipso oppignerato datur creditori petitio servitutis prædio jam ante impositæ, non quidem directa, sed utilis; sicuti & ipsius fundi ei utilis petitio datur, *l. ei qui* 16. *ff. de pign.* 2. Quia hæc oppigneratio servitutis esset inutilis creditori, propterea quod neque ipsi creditori deberi hujusmodi servitus potest, cùm non sit servitus personæ, neque prædio creditoris; quoniam quæ servitus meo prædio debetur, non potest transferri in aliud prædium, nisi consentiente domino fundi servientis, & tunc nova esset servitus. Imo tantum abest, ut possim servitutem meo prædio constitutam in alterius prædium transferre, ut ne quidem transferre possim in aliam mei ipsius prædii partem, *l. ex meo* 24. *ff. de serv. præd. rust.* Et hæc quidem ita procedunt in servitute prædio constituta sive formali; ea non potest alteri oppignerari: Cæterum, possum prædio meo rustico servitutem imponere jure pignoris, id est, pacisci, ut fundus meus creditoris mei fundo serviat, donec pecuniam ei debitam solvero, *l. sed an viæ* 1. *ff. pign.* qui textus uti de rusticorum tantùm prædiorum servitutibus loquitur, ita & de solis rusticorum prædiorum servitutibus intelligendus est, non etiam de servitutibus urbanis, quia in his diversa ratio est, nempe quod servitutes urbanæ non nisi uni & ei, cui ab initio constitutæ sunt, utiles esse possunt: servitutes rusticæ etiam tertio alicui: quod paulo post plenius explicabitur. Valet autem hæc conventio non ipso jure (nam servitus prædii ad tempus constitui non potest, *l.* 4. *ff. de servit.*) sed prætor eam tuetur ob utilitatem contrahentium, *d. l.* 12. *in fin. ff. de pig.* Quemadmodum & alias multa tuitione prætoris defenduntur, quæ ipso jure non valent, *d. l.* 4. *ff. de servit. l.* 2. *ff. comm. præd. l. si unus* 27. §. 2. *ff. de pact. l. obligationum* 44. § 1. *ff. de oblig. cum similibus.* Ex causa autem venditionis sic ab initio quævis servitus tam urbana, quàm rustica constitui potest ipso jure, *l. pen.* §. 1. *ff. de contr. empt. l.* 3. §. 2. *ff. de act. empt. l.* 6. §. 5. *ff. eodem.* quibus locis abutitur Cujacius, 15. *obs.* 6. ad ostendendum etiam formales servitutes vendi posse sine prædio, cum in iis tantùm agatur de causalibus, ut Doctores nostri

loqui amant, id est, de constituendis, non de constitutis. Sed nec illud verum est, quod Cujacius pro vero ponit, servitutes constitutas posse precario dari, per *l. 3. ff. de præd.* nam illic non agitur de servitute constituta data precario à domino prædii dominantis, sed precario rogata à domino prædii servientis, & hîc non tam jus aliquod reale constitui videtur, quàm personale. Multò minus idem colligi potest ex *l. 8. §. 5. ff. eod.* quippe quæ non de servitute precario rogata loquitur, sed de servitute rei precario acceptæ debita.

Igitur, ut cœpimus dicere, servitutes formales, id est, jam constitutæ, sive sint rusticæ, sive urbanæ, pignori dari non possunt: quia sine injuria domini prædii servientis efficere non possunt, ut servitus, quæ meo prædio debetur, debeatur etiam prædio mei creditoris, Fac. *arg. in l. servitutes 20. §. stillicidium 5. ff de serv. præd. urb. l. ex meo 24. de serv. præd. rust. l. non debet. 74. de reg. jur.* At potest servitus prædii rustici, puta via, iter, actus, aquæductus, pignoris causa ab initio constitui hac lege nominatim adjecta, ut pecunia ad diem non soluta, liceat creditori eam alii vicino vendere, *disp. lib. 12. ff. de pign.* quia hîc nulla fit injuria domino fundi servientis, qui ipse sibi hanc legem dixit. In servitutibus autem urbanis, licet eadem lege constituantur, idem receptum non est *d. l. 11. in fin. ff. eod. junct. d. l. 12.* Ratio differentiæ est, quia unum & idem prædium rusticum eamdem servitutem per eumdem locum pluribus prædiis præstare potest, *l. qui per 15. ff. comm. præd. l. 2. §. 1. ff. de serv. præd. rust.* At unum & idem prædium urbanum uni tantùm & ei, cui servitus ab initio constituta est. Jam verò non satis est ad hoc ut pignus servitutis sit utile, creditorem habere prædium vicinum, ad cujus utilitatem pertineat ita constituta servitus: sed etiam necesse est, ut hujusmodi pignus possit distrahi, & reperire emptorem. Et ideo Paulus in *d. l. 12.* in hac conventione pignoris non tantùm exigit, ut creditor vicinum fundum habeat: verùm etiam, ut illud in conventione adjiciatur, ut si pecunia ad diem constitutum soluta non fuerit, liceat creditori servitutem ita sibi pignoris jure constitutam, alteri vicinum item prædium habenti, vendere. quippe sine quo pignus esset inutile, *l. 4. ff de pign. act. l. mulier. 11. C. de dist. pign.* Atqui creditori habenti ædes vicinas, cui verbi causa concessum est jus tigni immittendi, aut stillicidii, &c. non est alius vicinus, cui ea servitus usui esse possit. Nam quod ex ædibus suis tignum immittit creditor in ædes debitoris, non æque alii vicino ex suis ædibus in eamdem partem immittendi ullus est usus utilitasve; ac consequenter id certè alter vicinus nunquàm em[p]turus est; & alius non vicinus emerit e[...] frustra. Fingamus Titium, cum ædes depressi[ores] interjectas inter ædes Gaji & Sempronii ha[be]ret, pignoris causa constituisse servitutem al[tius] non tollendi Sempronio, poteritne hæc servit[us] etiam utilis esse Gajo, qui eam propterea em[p]turus sit? Nego Gajum empturum; quia & [sine] emptione idem consecuturus est. Urbanæ er[go] servitutis pignus inutile est. At vero jus præ[dii] rustici alii vicino distrahi potest, & is fors[an] magno id redempturus est, cum possit uno it[i]nere pluribus patere aditus ad fundos suos. M[o]lin. *extric. labyr. de div. & ind. p. 3. n. 311.* u[s]que ad *n. 360.* Ant. Fab. 19. *conject. 6. &* Salmas. *de mod. usur. pag.* 347. Christin. *vol.* [...] *decis.* 177. *n.* 12. ad Cujacium 15. *obs.* 6. Du[...] 2. *disp.* 3. qui nec in totum nobiscum sentiun[t] nec in totum à nobis dissentiunt, nec ipsi inte[r] se conveniunt.

CAPUT XXXIII.

An is, in cujus ædibus incendium ortum est, teneatur lege Aquilia ad resarciendum damnum vicinis indè allatum, & an inquilinus ex locato locatori?

HÆc quæstio ut expediatur, sciendum est, incendia aliquando ad casus fortuitos referri, interdum non referri. Quod incendium in alienis ædibus obortum occupat vicinas, quod à fulmine excitatur, aut à grassatoribus & incendiariis immittitur, id inter casus fortuitos numerari debet; ac proinde hoc ab inhabitantibus præstandum non est, neque actione locati, in qua culpa tantùm levis, *l. 5 §. 2. ff. commod.* neque actione legis Aquilæ, in qua quidem etiam culpa levissima venit, *l. 44. ff. ad leg. Aquil.* & omissio quoque ac negligentia (quanquam non simplex *l. 13. §. 2. ff. de usufructu.* sed quæ admissa in facto præcedente aut concurrente, unde damni causa, *l. si servus 27. §. si fornacarius 9. l. quemadmodum 29. §. 5. & l. seq. §. 3. ff. ad leg. Aquil. §. præterea 6. Inst. eod. & ibid.* Diod. Thuld. *c. 7.*) casus autem fortuiti non veniunt, *§. 3. Inst. d. tit.* quippe qui nec ullo in judicio & à nemine præstantur, *l. si ex legati 23. ff. de verb. oblig. l. 6. C. de pign. act. l. contractus de reg. jur.* & ita cape locos in *l. si quis 9. §. 3. l. ex conducto 15. §. 3. ff. locat. d. l. 23. in fin. ff. de reg. jur. §. 3. Inst. de empt. & vend. & simil.* Incen-

dia autem intrinsecus orta cum culpa conjuncta esse solent, & ideo inter casus fortuitos non numerantur, sed exorta esse præsumuntur culpa inhabitantium, *l.* 3. §. 1. *ff. de offic. præf. vig. l.* 11. *ff. de per. & commod. rei vend.* Quando autem culpa seu negligentia præcedit casum, sola spectatur, non casus, *l. qui occidit* 30. §. 3. *ff. ad leg. Aquil. l. cum duobus* 52. §. 3. *ff. pro soc. l.* 1. §. 4. *in fin. ff. de oblig. & act.* quamvis quod negligentia fit, etiam casu fieri interdum dicatur, & casus ponatur pro negligentia, *l.* 9. *ff. de incend. ruin. naufr. l.* 5. §. *ult. l.* 11. §. 2. *ff. de pœn.* quod notandum est.

Igitur cum incendia in ædibus alicujus oborta præsumantur culpa & negligentia inhabitantium excitata esse, hinc efficitur, ut nisi contrarium probent, de damno inde illato lege Aquilia teneantur. Hæc enim vis est præsumptionis juris, ut secundùm hanc judicetur, nisi eam labefactaverit adducta rite in contrarium probatio. Rejicitur quippe hìc onus probandi in adversarium, contra quem est præsumptio, ut nisi contrarium doceat, contra ipsum judicetur, *l.* 9. 12. §. *si chirographum* 24. *& l. seq. ff. de probat. l.* 16. *C. eod. C. requisivisti* 5. *ext. de testam.* Itaque ego hactenus adduci non potui, ut verum esse credam, quod D. Andreas Gail. *lib.* 2. *obser.* 21. *num.* 4. & ibi allegati pro vero ponunt, necesse esse ad hoc, ut inhabitantes de incendio teneantur, probari culpam certi & determinati hominis: alioqui neminem damnari posse, propter rei incertitudinem. Nam cùm hæc præsumptio sit adversus omnes & singulos inhabitantes, si hujus præsumptionis vim ullam esse volumus, utique nisi de omnium quoque & singulorum innocentia doceatur, scilicet ignem innoxium ab iis habitum fuisse; aut extrinsecus immissum, sententia certa ferri, & aut paterfam. nomine damni dati condemnari poterit, nisi speciatim de sua diligentia doceat, *l.* 11. *ff. de per. & comm. rei vend.* aut si plures sint inquilini, æque principales pro indiviso, omnes, *arg. l. ita vulneratus* 51. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* Nec ulla lege aut ratione satis firma contrarium probari video. Nam quod de arguendo certi hominis facto dicitur in *l.* 6. §. *ult. ff. naut. caup. stabul.* id quidem verum est in casu damni dati in caupona publica, ubi præter eos, qui habitandi causa ibi sunt, aut quorum opera caupo utitur, sunt etiam repentini hospites & viatores, quorum culpam non præstat, etiamsi se innoxium esse non probaverit, *d. l.* 6. §. *pen.* sicut ex contrario eorum, quorum opera cauponam exercet; factum præstare debet, & in duplum eo nomine tenetur, *l. ult.* §. 1. *d. tit.* etiamsi ipse extra culpam sit, tantùm ideo, quia culpæ aliquatenus reus est, quod opera malorum hominum præsertim tali in loco utitur, §. *ult. Inst. de oblig. quæ quasi ex del.* quippe cùm etiam publica spectetur utilitas, dum securitati prospicitur iter facientium. Sed profecto neutrum horum ad casum nostrum pertinet, ubi paterfam. omnium suorum factum præstat, extra quam si doceat, se in custodiendo igne, eam adhibuisse diligentiam, quam debent homines frugi & diligentes præstare, per textum expressum in *d. l.* 11. *ff. de per. & commod. rei vend.* Quam diligentiam si adhibuerit, utcumque certæ personæ negligentia incendium ortum esse demonstretur, quam circumeundo & inspiciendo, an ignis rectè haberetur, præcavere non potuit, ad sarciendum damnum non tenetur, *d. l.* 11. *de peric. & comm. rei vend.* Nam si is, cujus culpa arguitur, servus est, liberatur dominus noxæ deditione; si liber, ipse tenetur: quia certis tantùm casibus simpliciter & præcisè culpam suorum paterfamilias præstat, veluti si negligentia ejus ostendatur in asciscendo perdito aut dissoluto, *l. si servus* 27. §. *si fornacarius* 9. *ff. ad leg. Aquil.* aut si famuli, quorum ministerio navem, cauponam, stabulum exercet, in ipsa navi, caupona, stabulo damnum dederint, *l. ult. pr. ff. naut. caup. stab.* vel in eo actu deliquerint, cui specialiter præpositi *l.* 1. §. *ult. ff. de publican. & vectigal.* vel ex cœnaculo ejus quid dejecerint, &c. *l. pen.* §. 2. *de his qui effud.* quanquam hìc, si servus id fecit, noxæ deditione dominus defungitur, *l.* 1. *l.* 5. §. 6. *d. tit.* Extra hujusmodi casus culpa familiæ dominum non onerat, si de sua diligentia docere poterit, *d. l.* 11. *ff. de peric. & commod. rei vend.* Ubi, ut hoc obiter moneam, quamvis D. Hotomannus, *l.* 5. *obs. c.* 10. pro eo, quod vulgò & in ipso quoque codice Pisano legitur, *cùm incendium sine culpa fieri non possit*, legendum putet dempta negatione *sine culpa fieri possit*, nihil demi necesse est. Movetur Hotomannus, ut negationem expungat, duplici ratione. 1. Quia & casu fortuito incendium accidere potest. 2. Quia alias sibi contradiceret Jurisconsultus, qui mox subjicit, posse incendium fieri sine culpa patrisfam. Utraque ratio indigna tanto viro, id est, neutra alicujus momenti: non prior, quia quæritur illic de incendio in ipsis ædibus exorto, non de igne cœlitus immisso aut ab incendiariis excitato; non posterior, quia primò ibi de inhabitantibus & generaliter de omnibus in domo versantibus agitur: deindè specialiter de solo patrefam. Nulla autem contradictio est, sed utrumque verum, si dicam incendia, quæ in ædibus alicujus exoriuntur, non posse fieri sine culpa, & tamen posse fieri

sine culpa patrisfam. quod & Cujacius *lib.* 17. *obs.* 29. notavit.

Hinc jam dependet quoque decisio quæstionis, an inquilinus teneatur de incendio locatori ædium actione locati; de incendio, inquam, orto in ædibus conductis. Nam si venditor insulæ ante traditionem combustæ nomine damni facti tenetur ex empto, nisi de diligentia sua probaverit, *l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* tenebitur utique & ædium conductor sive inquilinus ex locato, si ædes conductæ incendio consumptæ fuerint, nisi & ipse inculpabilem esse demonstraverit; quippe cum ratione culpæ eadem sit utriusque præstatio, *l. 5 §. 2. ff. commod. l. 23. ff. de reg. jur.* Atqui, aiunt plerique, etsi incendia præsumuntur fieri culpa inhabitantium, tamen ista levissimæ tantùm culpæ præsumptio est, quàm conductor ex natura contractus non præstat, *d. l. 5. §. 2. commod.* Respondeo, nec venditor præstat, & tamen nisi diligentiam suam probet, tenetur. Sed neque Jurisconsultus in *l. 3. §. 1. ff. de off. præf. vig.* ait incendia præsumi fieri tantùm culpa levissima inhabitantium, sed culpa simpliciter & absolutè: quoties autem verbum culpæ absolutè ponitur, in usu juris nostri ferè non alia, quàm levis culpa significatur, *d. l. 5 §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. ff. de neg. gest. 5. § 2. ff. de in lit. jur. l. 1. §. sæpe 35. ff. depos. l. socius socio 72. ff. pro soc. l. in rebus 17. de jur. dot.* & aliis innumeris locis. Levissima autem culpa passim per oppositam indicatur, verbo diligentiæ, aut custodiæ, quo summa & exactissima significatur, *d. l. 5. §. 2. commod. d. l. 23. de reg. jur. l. cum res 47. §. 2. pen. de legat.* 1. & uno tantùm loco verbum *levissima* expressum reperitur, nempe *l. 44. ff. ad leg. Aquil.* Quinimo juris nostri auctores non plures in incendio videntur gradus facere, quàm doli & negligentiæ, *l. 9. ff. de incend. ruin. naufrag. l. capitalium 28. §. incendiarii 12. ff. de pœn.* Denique nec Glossa in *§. præterea. Inst. de ob. quæ re contr.* id dicit, quod ex ea communiter interpretes colligunt, levem culpam in casu nostro non præsumi, sed levissimam duntaxat, cujus nomine agi non possit: verum levissimam culpam non nocere inculpabilibus, id est, qui omni culpa carent. Quod si aliud senserit Glossa, sine auctoritate & ratione locuta est, ita Fachin. *lib. 1. contr. c.* 87. Moller. *lib. 4. semestr. c.* 31. ubi ita judicatum refert in consilio regio Neapolitano ex Thom. Grammat. *decis. Neap.* 3. & receptum in scabinatu Lipsiensi, vide & Joan. à Sande *lib. 3. tit. 6. defin.* 9. Dissentiunt *comm. DD.* Mynsing. 6. *ob.* 88. Gail. 2. *obs.* 21. Thulden. *comm. ad Inst. tit. de leg. Aquil. c.* 8. Matth. de Afflict. *decis.* 57. Non omnes tamen, qui his allegantur, idem cum iis sentiunt.

CAPUT XXXIV.

An actiones finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo 30 annorum præscriptione tollatur? & an longi temporis præscriptio 10. vel 20. annorum hîc procedat bonæ fidei possessori?

JUdicia finis regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo, passim in jure nostro dicuntur duplicia, propterea quod par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipuè reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tàm rei quàm actoris partes sustinet, *l. in tribus 11. ff. de judic. l. 2. §. 1. ff. comm. div. l. inter cohæredes 44. §. qui familiæ 4. ff. famil. ercis. l. judicium 10. ff. fin. regund.* eodemque sensu alibi dicuntur mixta, *l. actionis 37. §. 1. ff. de oblig. & act.* Longe verò alio sensu hæ actiones mixtæ dicuntur, sive mixtam causam obtinere à Justiniano *§. quædam actione 20. Inst. de action.* nempe quod partim in rem esse videantur, partim in personam: aut utique ita in personam ut tamen fine & effectu nonnihil commune habeant cum actionibus in rem, *l. 1. ff. fin. regund. junct. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Judicium familiæ erciscundæ redditur inter cohæredes de dividenda hæreditate: communi dividundo inter eos, inter quos res aliquæ communes sunt extra causam hæreditatis, *l. 1. ff. fam. ercis. l. 1. l. 2. ff. comm. div.* Finis utriusque judicii, 1. ut recedatur à communione, & suam quisque partem pro diviso consequatur; in quo similitudo actionis in rem: 2. ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet lucri, damni, impensarum nomine, quæ sunt præstationes personales, *l. item Labeo 22. §. pen. famil. ercis. d. l. 2. §. 1. comm. div. l. quibus casibus 34. ff. pro soc.* Finium regundorum agitur inter eos, qui confines agros habent, ut fines ad suam normam redigantur, confinique restituantur, quod quis ultra istos fines habet, *l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1. ff. fin. reg.* quo posteriore aspectu & hæc actio pro rei vindicatione est, *l. 1. eod. tit.* Quid vero judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat docet nos Justinianus in *§. si famil. 4. & 2. seq. Inst. de offic. judic.*

Est porrò hoc omnibus mixtis actionibus

commune cum puris personalibus, ut triginta annorum præscriptione tollantur, *l. 7. C. de pet. hæred. l. 3. C. de præsc. 30. annor. l. ult. C. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* ubi Justinianus inter actiones personales, quas omnes jubet triginta annorum spatio finiri, nominatim etiam recenset hasce tres, familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quanquam hæ purè personales non sunt, sed aliquid de natura actionum in rem participant, unde iis nomen mixtarum. Procedit autem hæc 30. annorum præscriptio, quando unus tantùm ex confinibus, aut cohæredibus consortibusve possidet: tunc enim alter, qui non possidet, post 30. annorum curriculum has actiones movere non potest, & ita capienda loca modo adducta. Quod si duo communes fines, communemve hæreditatem, aut rem singularem communem possideant, etiamsi per 30. annos in hac communione manserint, potest alter adhuc eorum, qui diutius in communione permanere non vult, ad divisionem provocare, atque eo nomine suprà scriptis actionibus experiri. Ratio est, quia ne pacto quidem effici potest, ut nunquam liceat à communione recedere, *l. in hoc judicio n. 14. §. 2. ff. comm. div. l. ult. C. eod. l. nulla, 70. ff. pro soc.* Quod autem nulla conventione effici potest, id nec ullo temporis lapsu fieri debet. Est & altera ratio, nempe quod nulla hoc casu negligentia, in qua fundantur præscriptiones, intervenire potest. Nam quandiu stamus in communione & simul possidemus, alter alterum pro consorte aut confini habet & recognoscit, eoque præscriptio currere non potest: siquidem singulis pro indiviso possidentibus fieri nequit, ut alter alterius partem usucapiat, aut alterum lapsu temporis ob negligentiam excludat. Affert & aliam rationem Bronchorstius *cent. 1. assert. 14.* post Costallium in *l. 1. ff. fam. ercisc.* quod præscriptio actionum non ante currere incipit, quàm ex quo natæ sunt: actionem autem familiæ erciscundæ, &c. non ante nasci, quam cohæredes ad divisionem hæreditatis provocare cœperunt. Quod dicit præscriptionem non currere nisi postquam actio nata est, verum est: sed falsum & ridiculum, quod ait, tum demum nasci actionem familiæ erciscundæ, quando cohæredes à communione discedere volunt. Imo nisi jam ante nata esset ex communione inter eos constituta & quasi ex contractu *§. 3. & 4. Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.* frustra eam intentarent, aut provocarent ad divisionem. Et quæso qualis hæc collectio est, discedere à communione volentibus datur actio familiæ erciscundæ, *l. 1. ff. fam. ercisc.* ergo eodem demum tempore nascitur? Si ista collectio bona est, etiam hæc bona erit, volenti repetere depositum, commodatum, &c. datur actio depositi aut actio commodati; ergo non ante actiones istæ nascuntur, quàm volet repetere: & in universum dicendum erit, nullam actionem prius nasci, quàm cum quis ea experiri volet: nemo enim nisi volens agit, *tit. C. ut nem. inv. ag. vel accus. cog.*

Denique ne tunc quidem, quando unus tantùm ex hæredibus possidet, contra alios procederet præscriptio, quandiu ad divisionem non provocarent: cujus tamen contrarium ipse quoque Bronch. asserit. Sed hoc obiter cautionis loco.

Duo ergo dicimus. 1. Quandiu singuli confinium vel hæredum aut sociorum communiter possident, & alter alterum ut confinem, cohæredem, consortemve agnoscit, nullam hîc dari superiorum actionum præscriptionem, propter rationes supra memoratas. 2. Ubi unus tantum possidet, triginta annorum silentio easdem actiones excludi: inter quas etiam numeravimus actionem finium regundorum, per textus rotundos in *l. ult. C. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Sed duo hîc nobis objiciuntur loci. Primus est *l. pen. C. fin. reg.* ubi Imperatores aiunt, submotam esse quinque pedum præscriptionem in judicio finium regundorum. Unde dicendum videtur nulla præscriptione, quantumvis longissimi temporis actionem de finibus regundis posse tolli. Verum longè aliud est, quod Imperatores ibi significant & constituunt. Confirmant nimirum legem 12. tabularum & legem Mamiliam, quibus legibus cautum erat, ut inter confines agros spatium 5. pedum relinqueretur à cultura vacuum, ut illac ire sine alterius incommodo agri colendi causa, & aratrum circumducere uterque dominus posset. Hoc spatium appellatur gradus in *l. 3. ff. de term. mot.* neque id spatium usucapi aut præscriptione acquiri per legem 12. tabularum aut legem Mamiliam potuit, teste Cicerone *l. 1. de legib.* propterea credo, quod ut res meræ cujusdam facultatis quinque isti pedes inter confines agros inculti relinquebantur, per *l. 2. ff. de via publ.* Hanc utramque legem Imp. *in d. l. pen. C. fin. reg.* confirmarunt. Quod si vero ultra illos quinque pedes lis moveatur de finibus terræ, tunc locus est judicio finium regundorum, nisi ea actio triginta annorum præscriptione sublata sit, nempe si tam diu vicinus fines limitesque agri sui quiete & sine interpellatione judiciali possederit. De qua re bene & doctè disserentem vide Andream Alciatum *lib. de quinq. ped. præscript.* Alter locus est in *l. 2. §. Stichum 6. vers. sed si fundus ff. pro empt.* cui geminus in *l. qui fundum §. 1. ff.*

eod. ubi ex contrario statui videtur actione finium regundorum etiam longo tempore præscribi 10. vel 20. Annis. Sed facilis hîc responsio est, nempe casum ibi poni, quo is qui emit & pro emptore possidet nunquam fuit confinis; sed statim fundum amplioribus finibus possedit: quo casu cùm non de finibus regundis lis sit, sed de proprietate partis fundi, procedit usucapio seu longi temporis præscriptio.

Quid vero si aliquis bona fide justoque titulo per decem vel viginti annos fines communes vel fundum communem solus possedit, an non ille saltem partem confinis aut consortis, qui non possedit, dicendus est usucepisse aut longi temporis possessione quæsivisse? Respondeo, ne hoc quidem dici posse ex iis, quæ jam dicta sunt satis intelligitur. Nam qui rem communem licet bona fide possidet, ita tamen eam possidet ut personali sive mixta actione communi dividundo, familiæ erciscundæ, aut finium regundorum conveniri possit: quas actiones non nisi triginta annorum præscriptione tolli supra demonstratum est. Imo nec petitioni hæreditatis breviori spatio præscribitur, quæ tamen in rem actio est, & tantùm ob præstationes personales, quæ non officio judicis, sed jure actionis in eam veniunt, mixta personalis dicitur, *l. 7. C. de petit. hæred.* Non obstat, quod longo tempore dominium quæri dicitur: quia hoc non procedit in re, quæ cum alio communis est propter naturam personalis aut mixtæ actionis, siquidem bona fides possessoris sive rei conventi efficere non potest, quo minus tanto tempore vivat actio, quantum ex natura sua aut lege habet, per *d. l. 7.*

CAPUT XXXV.

Quomodo inter fratres instituto familiæ erciscundæ judicio dividenda hæreditas?

INstituto forte inter fratres familiæ erciscundæ judicio quæritur, quomodo divisio à judice expedienda sit, utrùm ita decernenda, ut major natu ex fratribus dividat, & minor eligat; an vero solius judicis arbitrio facienda? Priorem sententiam amplectuntur Canonistæ tanquam auctoritate juris Canonici nixam: posteriorem plerique Legistarum sive interpretum juris civilis sequuntur, ut consentaneam legibus civilibus; quæ & nobis iisdem legibus consentanea esse semper visa est. De posteriore prius dicam, mox visurus an quid secus jure Canonico constitutum sit. Igitur posterior illa, quæ legistarum & nostra sententia est, hanc rationem habet, quod ubi semel judicis officium implorari cœpit, & causa in judicium deducta est, quicquid illud est, quod in judicio illo continetur, cognitioni judicis permittendum & relinquendum sit *l. ædiles 25. §. item sciendum 8. ff. de ædil. edict.* Judicium autem familiæ erciscundæ non alias ob causam instituitur, quam ut judex res singulas pro sua animi religione singulis hæredibus adjudicet, utique si res ipsæ sine incommodo dividi non possint. Unde in hoc judicio dicuntur fieri adjudicationes, quod notandum. Quod si ex hac adjudicatione oriatur inæqualitas, tum judex eum, cujus pars præponderat, vicissim in certam summam pecuniæ condemnare debet ei, cujus pars minor est, ut æqualitas per omnia conservetur, & tunc fieri dicuntur condemnationes, *§. 4. Inst. de offic. jud. l. Mævius 52. §. 2. l. si familias 15. ff. fam. ercisc.* Nulla hîc divisio uni è cohæredibus, nulla electio alteri permittitur, Fac. *l. 1. pr. l. 2. pr. ff. eod. §. quædam actiones 20. Inst. de actionib.* Frustra autem hîc objicitur, *l. un. C. de his qui se defer. lib.* 10. quoniam quod ibi constituitur, jus est singulare, & invitamentum ad deferenda & fisco nuncianda tacita fideicommissa. Quod ut intelligatur, sciendum est, cùm hæres clam fidem suam accomodat, puta per domesticam cautionem vel chirographum, ut hæreditatem incapaci restituat, hoc dici fideicommissum tacitum, atque id hæredi ablatum vindicari fisco *l. in tacitis 103. ff. de legat. 1. l. in fraudem 10. ff. de his quæ ut indig. l. 3. pr. & §. 3. ff. de jur. fisc. l. 1. C. de delator. lib.* 10. Quo autem magis ad hujusmodi tacita fideicommissa fisco denuncianda invitarentur, placuit delatoribus etiam præmium aliquod pro delatione dari, & quidem, qui alios deferunt, certam partem eorum, quæ nunciarunt, ferre; veluti quartam aut octavam. Qui vero seipsos, si quidem sit hæres, à quo tacitè fideicommissaria hæreditas relicta est incapaci, pro præmio tertiam partem assis accipere: si is, cui ipsi tacitè relicta, profiteatur se capere non posse, dimidiam ei partem præmii vicem dari, *l. cuict. 13. l. pen. ff. de jur. fisc. d. l. ũn. C. de his qui se defer.* putaverunt Principes ampliori præmio provocandos esse eos, qui se, quam qui alios deferunt; & quo difficilius quisque se ipsum defert, eo majore quoque præmio invitandum esse, ac proinde plus etiam præmii tribuendum fideicommissario, quam hæredi. Porro cum nec uxori rectè tacitum fideicommissum relinqueretur, propterea quod & ipsa lege Papia decimaria incapax esset, *l. ult. pr. ff. de his quæ ut indig. junct. l. 2. C. de infirm. pœn. cœlib.*

(ubi demum lex illa ab Honorio tollitur) Constantinus in *d. l. 1. C. de his qui se defer.* uxori semetipsam deferendi non tantùm partem dimidiam relicti, verùm etiam electionem & optionem relicti, divisione à fisco facta loco præmii concessit. Quid vero hoc ad divisionem à judice faciendam inter cohæredes de dividenda communi hæreditate judicio familiæ erciscundæ contendentes, ubi tota res cognitioni & divisioni judicis permittitur? Neque verò, hîc sive par sive æqualis divisio facta sit, sorti res committenda erit, ut malè etiam plerique Legistarum putant, Jas. post alios in *l. 3. Comm. de legat.* Fachin. *l. 6. contr. c.* 37. Bronch. 1. *miscel. assert.* 52. sed adhuc adjudicatione & in divisione impari adjudicatione & condemnatione res transigenda est. Nunquam enim in jure nostro sorte res dirimi debet, ubi negotium animi judicio explicari potest, *l. sacris* 47. *sub fin. pr. C. de SS. Eccles. l.* 8. *ff. de pact.* ubi prætor partes suas interponit, quia sciri potest, quid in casu illic proposito sit æquius, nimirum ut mitior sententia prævaleat. Simile exemplum est in §. 1. *vers. sin autem ipsi Inst. de satisd. tut.* ubi item prætor partes suas interponere jubetur, quoniam causa cognita discernere potest, quis ex tutoribus administrationi magis sit idoneus, *l. testam.* 17. §. 1. *&* 2. *cum l. seq. ff. de testam. tut.* Quod si res animi judicio discerni aut expediri nequeat, tunc ex necessitate devenitur ad sortem: veluti si duo cohæredes ad judicium provocent, uter eorum partes actoris sustinere debeat, sorte discerni solet quia aliter res explicari nequit, *l. sed cum* 14. *ff. de judic.* Pari ratione si plures legatarii, quibus optio legata, aut unius plures hæredes circa electionem dissentiant, controversia sorte dirimenda est, quia scilicet nullæ hîc partes prætoris *l. 3. pr. C. Comm. de legat.* §. *optionis* 23. *Inst. de leg.* Simile exemplum in *l. generaliter* 24. §. *quid ergo* 17. *ff. de fideic. libert.* Atque nihil tale occurrit in judicio familiæ erciscundæ: quippe, cum semper in impari adjudicatione ad æqualitatem divisio revocari possit mutua ejus, cui plus adjudicatum, condemnatione. Quamobrem non obstat *l. 5. ff. fam. ercisc.* ubi in casu, quo, omnes ex iisdem partibus hæredes sunt, nec inter eos convenit, apud quem cautiones hæreditariæ esse debeant, sortiri eos oportere respondetur. Nullum enim isto casu officium judicis intercedit, sed totum id inter ipsos cohæredes citra judicium transigitur per *l.* 2. §. *ult. l. 4. pr. ff. l. 6. C. fam. ercisc.* Eodemque fere modo respondendum est ad *l. 2. C. quand. & quib. quart. pars lib.* 10. nam & ibi nullum officium judicis intervenit, sed jussu legis extra judicium partes fiunt, & sors definit, cujus electio esse debeat. Erratque adeo Jason cum iis, quos sequitur in *l. 3. C. comm. de legat.* contendens etiam in judicio divisorio familiæ erciscundæ sorte rem expediendam esse *arg. d. l. 2. C. quand. & quib. quart. pars.* Plane potest ex conventione inter cohæredes quocumque modo divisio fieri, nempe vel per sortem vel ut major dividat, minor eligat. Cæterum nihil ad quæstionem hanc, quæ est de officio Judicis apud quem familiæ erciscundæ agitur. Atque hæc quidem ex ratione juris civilis.

Canonistæ autem aliter statuunt, videlicet majorem natu auctoritate judicis dividere debere: minorem verò eligere. Non habent tamen Canonistæ ullum idoneum juris Pontificii textum, quo sententiam hanc confirment. Nam in *c. 1. de paroch. & alien. parochian.* quod unum allegant; agitur tantùm de Episcopo ob hæresin Donatistarum ante remoto, & ad Ecclesiæ unitatem postea reverso, quem Pontifex vult in partem admitti prioris sui Episcopatus jam alteri Episcopo dati, & divisionem inter eos ita fieri, ut ille dividat, qui diutius in Episcopatu fuit: alter autem, qui breviore tempore eum tenuit, eligat. At hæc divisio fit sine judicibus, quia visum fuit non esse ex dignitate Episcopos ad arbitrum mittere. Profertur quidem & exemplum Abrahami & Lothi ex *cap. 13. Genes.* Sed nec inter Abrahamum & Lothum divisio in judicio facta fuit, neque illi cohæredes erant, verum Abrahamus per modestiam Lotho fratris sui filio, qui minor ætate erat, permisit, ut vel in dextram vel in sinistram discederet, quo vellet: & alterum latus sibi relinqueret. Et quamvis Augustinus *lib. 16. cap. 20. de civit. Dei* relata hac historia subjicit, hanc fortassis effectam esse inter homines pacificam consuetudinem, ut quando terrenorum aliquid partiendum est, major dividat, minor eligat: tamen inde non sequitur hoc locum habuisse in judicio familiæ erciscundæ: sed hoc tantùm inde colligere est, in pacifica bonorum divisione, id est, extrajudiciali, hunc morem plerumque observatum. Atque eodem modo explicandum illud Senecæ *lib. 6. declam.* 1. *Major frater dividat, minor eligat.* Cæterum Canonistarum sententiam in Camera Imperiali receptam esse tradunt Mynsing. 4. *observ.* 37. *&* Gail. 2. *obs.* 116. *n.* 12. Schruff. *cont.* 1. *cons.* 71. & secundùm eam respondit Æmilius Ferretus *cons.* 1. quem laudat & sequitur Costalius in *l. 1. ff. fam. ercisc.* & sic quoque Senatum Sabaudiæ censuisse, Ant Fab. *Cod. suo for. decis.* 2. & Mechliniensem Christinæus *vol. 2. decis.* 180. referunt; ac consuetudine eamdem opinionem

receptam esse testatur Guido Pap. *quæst.* 280. quanquam Ranchinus & Bertrandus nolunt credi huic Guidonis testimonio, quoniam aliud jure decisum est: at enim ubi de consuetudine constat, nemo est, qui dubitet, quin inveteratus usus fori pro lege habendus sit.

CAPUT XXXVI.

An ad res dividendas etiam actione pro socio agi possit, nimirum inter eos, quorum res communis est ex causa societatis?

Communio rerum vel ex conventione inducitur, quæ communio propriè societas dicitur, & ex contractu est: vel citra conventionem, veluti si duobus eadem res legata aut donata sit, *l. ut sit* 31. *ff. pro soc.* quæ communio quasi ex contractu nascitur, §. 3. *inst. de oblig. quæ quas. ex contr. nasc.* quanquam & hi nonnunquam socii appellantur. In utraque autem communione locus est judicio communi dividundo, *l.* 2. *ff. comm. divid.* quo judicio hoc agi constat, tum ut sua cuique parte adjudicata à communione discedatur; tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine, *l.* 3. *l.* 4. §. 3. *ff. eod. tit.* unde est, quod hæc actio mistam causam obtinere dicitur tam in rem, quàm in personam, sicut & actio familiæ erciscundæ & finium regundorum, §. *quædam actiones* 20. *inst. de action.* At actioni pro socio in utraque communione locus non est, sed tantùm in ea, quæ est ex contractu, in consortio voluntario seu societate sic in usu juris propriè dicta *ff. & C. pro soc.* quæ actio tota personalis est, non mixta, de quo inter omnes convenit. Illud autem quæsitum memini, an quemadmodum actione communi dividundo agitur tum ad rerum communium divisionem, sive communes sint cum societate, sive sine societate; tum ad personales illas, quas dixi præstationes; ita etiam inter eos, quorum res communis est ex causa societatis agi possit actione pro socio tam ad res dividendas, quàm ad personales invicem præstationes. Et dubium quidem nullum est, quin actio pro socio pertineat ad præstationes personales, quas ratio societatis & natura contractus inducit: *l.* 1. *ff. comm. divid.* sed illud quæritur, an duntaxat eo pertineat, an verò & ad rerum divisionem? Communis sententia est, socios ad rerum communium divisionem non tantùm communi dividundo judicio agere posse, sed etiam ju[…] societatis.

Firmamenta hujus sententiæ hæc sunt. 1. Q[…] actio pro socio est rei persecutoria, *l. sed at[…] ne* 50 *ff. pro soc.* nemo autem dubitat, qui[…] nomine veniat & res communis. 2. quia al[…] actio alteram tollit, *l. pro soc.* 38. §. 1. *ff. pro soc.* [...] de rectè colligitur tantumdem in utraque p[…] fuisse. 3. Quia judicio societatis ab uno adve[…] alios instituto distrahitur societas, quasi ta[…] quadam renuntiatione, *l. actioni* 6. §. *pr. ff. eod.* At hoc cum fit, etiam rerum, & vel maxim[…] intendi videtur aliqua divisio. 4. Quia Ju[…] consultus in *l.* 1. *ff. comm. divid.* non simpli[…] ter ait actionem pro socio ad personales invic[…] præstationes pertinere, non ad communium [...] rum divisionem: sed συγκριτικῶς seu compa[…] tivè magis eo pertinere, quàm ad rerum [...] visionem. Ergo utique etiam ad rerum divi[…] nem pertinet, licet non principaliter, ut ju[…] cium communi dividundo, sed per consequ[…] tiam duntaxat, quasi hic sit istius loci sensus, [...] judicio communi dividundo venire præstation[…] personales per consequentiam, principaliter a[…] tem id agi eo judicio, ut res dividantur: cont[…] autem judicium societatis principaliter pertin[…] re ad præstationes personales, ad rerum divisi[…] nem tantùm per consequentiam. Atque his[…] quatuor argumentis communem sententiam a[…] struit & satis probari putat Valentinus Reime[…] rus *quæstione jurisd. decis.* 11. *thes.* 5.

Cæterùm apud me hæc tanti non sunt, ut [...] istam me sententiam trahere queant. Et mag[…] est, ut ad rerum divisionem actio pro socio om[…] nino non pertineat, nunquam ea actione rerum communium intendatur divisio; sed tantùm actione communi dividundo. Etenim differunt hæ duæ actiones non modo rebus, verum etiam petitione & fine judicii. In rebus hoc interest, quod communi dividundo actio non est nisi de re adhuc communi, *l.* 1. *in fin. ff. comm. divid.* At pro socio actio fere non est nisi de rebus, quæ communes non sunt: ut in commune redigantur, *l. cum duobus* 52. §. *idem* Papinianus 8. *l. si societatem* 72. *& l. seq. ff. pro soc.* aut si est de re communi, non id intenditur, ut ea res dividatur, sed ut conferatur in medium v. c. potest actione pro socio agi de re communi, quæ sit apud unum ex sociis, quia forte eam dolo malo amovit, aut celandi animo contrectavit, *l. rei communi* 45. *ff. eod.* non tamen agitur, ut de re communi, quo ea dividatur, sed ut de quavis alia re, ut in medio ponatur. Petitio quoque utriusque judicii dissimilis. Communi dividundo actio eò principaliter pertinet: ut res communes inter consortes dividantur atque à communione recedantur: se-

quuntur

[...]untur deinde & præstationes personales, quibus alter alteri propter communionem rerum obnoxius *l. 3. pr. ff. comm. divid.* §. *quædam actiones 20. Inst. de action.* At actio pro socio tantùm est de personalibus præstationibus extra divisionem positis, & ideo ad divisionem non pertinet, *l. 1. ff. d. tit.* quod aliis verbis declarat Ulpianus in *l. si actum 43. ff. eod.* ubi ait, actionem pro socio nominum rationem habere, & adjudicationes non admittere. Nomina appellat, quæ quisque personali actione aliis debet. *l. servum 44. §. cum qui 5. & seq. ff. de legat. 3. l. qui chirographum 50. eod. 3.* Itaque quod dicit actionem pro socio nominum rationem habere, nihil aliud est, quàm in hanc actionem venire præstationes personales earum rerum, quas socius socio debet. Quod autem dicit actionem pro socio non admittere adjudicationem, eo apertè significat eam actionem non spectare ad rerum divisionem. Nulla enim divisio rerum, quæ judicio petatur, esse potest sine adjudicatione aut partium à judice discretarum, quarum singulæ singulis adjudicentur, aut totius rei, quæ ubi res commodè dividi non potest, uni adjudicari debet cum mutua ejusdem condemnatione, §. 4. *& seq. Inst. de offic. jud.* Atque hinc est, quod sublata communione actio communi dividundo simul tollitur *l. 1. in fin. ff. comm. divid.* neque enim potest peti rei communis divisio, ubi nulla res est communis: nec agi de præstationibus personalibus eo judicio, quod una cum rei communione sublatum est. At sublata societate nihilominus adhuc agi potest de iis quæ durante societate contracta, *l. omne æs. 27. l. nemo 35. cum simil. ff. pro soc.* imo & communione sublata judicio communi dividundo poterit nihilominus de iisdem præstationibus agi actione pro socio nisi & de iis actum communi dividundo *l. pro soc. 38. §. 1. ff. eodem.* Cum itaque actione pro socio tantùm agatur de præstationibus personalibus, aut ut res, quæ communes non sunt, in commune redigantur: de rebus autem communibus tanquam communibus nunquam, sed ad hoc solummodo ut in medium proferantur, non ut dividantur & quisque sociorum partem in his pro diviso consequantur, quod sine adjudicatione, quam actio pro socio non admittit, obtineri nequit, ut superius plenissimè [...]tum est, hinc efficitur & liquet perspicuè, [...]nem pro socio ad divisionem rerum non pertinere.

Restat, ut diluamus argumenta in contrarium adducta. Ad primum contrariæ opinionis argumentum facilis responsio est, nempe non sequitur, actio pro socio est rei persecutoria: ergo etiam persequitur rem communem tanquam communem, ut ea dividatur: sed hoc solum, ergo ea non agitur ad pœnam, sed quod in eam venit, res est, & id quod ex patrimonio nobis abest, *l. in honorariis 35. ff. de oblig. & act.* non pœna; ut intelligamus eam ex ante gesto non hæredibus tantùm, sed etiam in hæredes dari, *per vulg.* Quod secundò aiunt, actione communi dividundo consumi actionem pro socio & retro, falsum est, & contrarium apertè responsum ab Ulpiano *l. si actum 43. ff. pro soc.* nempe si actum sit, communi dividundo, non tolli actionem pro socio, cui non obstat locus Pauli, quem proferunt ex *l. pro socio 38. §. 1. ff. eod.* nam ex ipsis Pauli verbis patet, cùm loqui non de rerum divisione, de qua alterutro horum judiciorum actum sit, sed tantùm de præstationibus personalibus, de quibus ait, si actum sit communi dividundo, tolli actionem pro socio, & contra si actum sit pro socio de iisdem præstationibus agi non posse communi dividundo. Hinc autem minimè sequitur, facta sola rerum divisione in judicio communi dividundo tolli actionem pro socio, quæ ad divisionem non pertinet, sed ad personales invicem præstationes duntaxat, *d. l. si actum 43. ff. eod.* nec si actum sit, pro socio, tolli actionem communi dividundo respectu præcipuæ petitionis hujus judicii, ut scilicet res communes dividantur, & singulis in his sua pars pro diviso adjudicetur, in 3. argumento manifestus error est παρὰ τὸ ἑπόμενον. Nulla enim consequentia est, actione pro socio distrahitur societas, quasi tacita renuntiatione: ergo ea actione & rerum communium intenditur divisio, siquidem renuntiatio non alio directo tendit, quàm ad dissolutionem societatis; quia soluta nihilominus res, quæ antea communes erant, communes manent, & ut dividantur, opus est judicio communi dividundo. In quarto & postremo, quod sumitur ex verbis *l. 1. ff. com. div.* & cæteris videtur speciosius, vitium est παρερμηνείας. Nam quod ibi Paulus ait, pro socio actionem magis ad personales invicem præstationes pertinere, quàm ad rerum communium divisionem, id non συγκριτικῶς, ut vulgò, sed θετικῶς, non comparativè, sed electivè ab eo dici intelligendum est: ut hæc sit jurisconsulti sententia si quæratur, an actio pro socio pertineat ad utrumque caput, an verò ad actiones personales tantùm? magis, id est, potius dicendum sit, non pertinere ad utrumque, sed tantùm ad præstationes personales: qua forma loquendi nihil est apud nostros usitatius *l. 6. §. 3. ff. si serv. vind. l. plenum 12. §. 2. ff. de us. & habit. l. si vero. 11. §. cum quidam 12. l. inter causas 26. §. non omnia 6. ff. dam[...] l. 5. §. is quoque 3. ff. de oblig. & act. & si[...] mil.* ita post Glossam Charondas & Pacius ad

d. l. Donell. *com.* 13. *c.* 7. eademque videtur esse sententia Oldendorpii *classi* 4. *act.* 21. §. 6. *num.* 11. & Bachovii notantis Wesembecium *parat. ff. pro soc.* 12. Quibus omnibus adde, quod si dicamus actionem pro socio etiam pertinere ad rerum divisionem, atque ea quoque actione partem suam quemque persequi, adinstar ejus qui vindicat, quam partem & divisione rei consequatur actio pro socio non minus nullam causam obtinebit, tam in rem, quàm in personam, & mixta dicenda erit, quàm actio communi dividundo, *arg.* §. *quædam* 20. *Inst. de action. l.* 1. *ff. fin. regund.* quod tamen nec contrariæ quidem sententiæ auctores ausint affirmare.

CAPUT XXXVII.

An actio negotiorum electivè concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciscundæ?

QUæstio hæc nata est ex locis in speciem contrariis, nam in *l. filiæ.* 18. §. 1. *C. fam. ercisc.* Imperatores Diocletianus & Maximianus rescribunt tanquam de re ambigua, sumptus in communi hæreditate ab uno bona fide factos familiæ erciscundæ judicio vel negotiorum gestorum actione servari posse. Et in eamdem sententiam Divi Severus & Antoninus, solutum pro cohærede actione negotiorum gestorum vel familiæ erciscundæ posse repeti *l.* 2. *C. de neg. gest.* Contra in *l.* 18. §. *ult. ff. fam. ercisc.* in eadem specie datur sola familiæ erciscundæ. Et in *l. Mævius* 52. §. 1. *ff. fam. ercisc.* ubi servus liber & hæres esse jussus cohæredibus suis id, quod apud eum reliquum est administratione rationum domini, non alio judicio præstat, quàm familiæ erciscundæ. Cui loco iterum è diametro videtur obstare *l. pen. vers. earum autem summarum ff. de reb. cred.* ubi Africanus negat eo nomine competere cohæredibus servi actionem familiæ erciscundæ, sed ait negotiorum gestorum dari debere. Sic in simili, ut videtur, casu Labeo actionem familiæ erciscundæ dat, *l. fistulas* 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* quo Imperatores in *l. in familiæ* 20. *C. famil. ercisc.* actionem negotiorum gestorum dari debere, non familiæ erciscundæ respondent. Ne quis autem putet nihil aut parum interesse, qua actione consors contra consortem experiatur, negotiorumne gestorum, an familiæ erciscundæ, communive dividundo, is scire debet non esse easdem horum judiciorum præstationes. Nam judicio communi dividundo & familiæ erciscundæ consors consorti hæresve cohæredi non obligatur ad præstandam exactissimam diligentiam, ut etiam nomine levissimæ culpæ alter alteri teneatur, quemadmodum negotiorum gestorum judicio tenetur gestor domino negotiorum. §. 1. *in fin. Inst. de obl. quæ quas. ex cont.* sed levis duntaxat culpæ nomine, ut talem diligentiam præstat, qualem suis rebus, *l. hæredes* 24. §. *non tantum* 16. *famil. ercisc.* Quomodò ergo loca superiora ἐναντιοφανῆ conciliabimus: Adhibita nimirum distinctione, ut siquidem hæres vel socius in communi negotium individuum gessit locus sit actioni familiæ erciscundæ aut communi dividundo; si dividuum, actioni negotiorum gestorum. Individuum autem negotium intelligimus quod cohæres aut socius non potest pro sua tantùm parte gerere. Dividuum contra quod pro sua quisque parte gerere potest. Hanc distinctionem & conciliationem nobis suppeditant *l.* 6. §. 2. *vers. cæterum ff. com. div. l. hæredes* 25. § *si unus* 15 *& seq ff. fam. ercis. l. si commune*, 40. *ff. de neg. l. fistulas* 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* Igitur ubi unus à cohæredibus rem communem vendidit & pretium percepit, cum eo non est cohæredi actio familiæ erciscundæ, sed aut mandati, si mandatum præcessit, aut negotiorum gestorum; si cohæres ratam habuerit venditionem, quia suam solius partem vendere potuit, *l. in familiæ* 20. *C. fam. erc.* Similiter, si pro communibus ædibus damni infecti vicinio in solidum cavero, negotiorum gestorum actione, non communi dividundo judicio, quod præstiti petere debeo: quia potui partem meam defendere sine parte socii, *d. l. si communis* 40. *ff. de neg. gest.* Ex contrario, si unus ex cohæredibus noxali judicio servum hæreditarium defenderit, & litis æstimationem obtulerit, cùm hoc expediret; aut si unus legatorum nomine caverit, ne in possessionem mitteretur quia hæc pro parte expediri non possunt, judicio familiæ erciscundæ est locus, non negotiorum gestorum, *l. hæredes* 25. §. *si unus* 15. *ff. fam. erc.* Pari ratione, si unus è cohæredibus debitum hæreditarium solverit, ne pignus veniret, familiæ erciscundæ judicio experietur, quia pignoris obligatio est individua, *l. his consequenter* 18. §. *ult. & d.* 25 §. *idem observatur.* 14. *eod.* Eamdem ob causam & in specie, *l. fistulas* 78. §. 2 *ff. de contr. empt.* non negotiorum gestorum, sed familiæ erciscundæ agitur, ut in fine §. indicat ipse Jurisconsultus, Nulla vero pugna est inter *d. l. Mævius*, 52. §. 1. *ff. fam. ercis. & d. l. pen.* §. *earum autem summa-*

...am *ff. de reb. cred.* quarum in illa etiam nomine negotii dividui à servo cohærede gesti datur cohæredibus ejus actio familiæ erciscundæ: in hac eodem nomine sola negotiorum gestorum. Nam illa casus proponitur, quo pecuniæ ex administratione gesta vivo domino, reliquæ erant in hæreditate mortis tempore, & proinde non alio judicio, quàm familiæ erciscundæ earum summarum nomine servus apud quem reliquæ sunt, cohæredibus tenetur. At in hac species proponitur contraria, quando scilicet servus pecunias à debitoribus Calendarii exegit demum post domini mortem quo casu cùm potuerit suam solius partem exigere, & ita rem pro parte expedire, sola negotiorum gestorum actio adversus eum nomine exactarum summarum cohæredibus competit, ita rectè Costalius & Cujacius post Glossam in *d. l. pen.* Bronch. *cent.* 2. *assert.* 13. Quòd si ratio hujus distinctionis quæratur, ea non est usque adeo obscura. Nam cum cohæres vel consors negotium individuum gessit, creditur id fecisse, tanquam cohæres aut consors potius, quàm alius quilibet, propterea quod id gessit, sine quo partem suam rectè administrare non potuit: & ideo hìc locus est actioni familiæ erciscundæ aut communi dividundo. Quod si non propter partem suam causam gerendi habuit, sed cùm eam per se rectè administrare posset, nihilominus totam rem communem administravit, hoc casu partem cohæredis aut socii sui administrasse intelligitur tanquam amicus & negotiorum gestor, ratione nimirum contraria, itaque hìc actio negotiorum gestorum duntaxat competit, *l. hæredes* 25. §. *non tantum*, 16. *ff. fam. ercisc. l.* 6. §. 2. *ff. comm. divid.*

Poteramus jam hinc discedere, nisi negotium nobis facesserent, *l. filiæ* 18. §. 1. *C. fam. ercisc. & l.* 3. *C. de neg. gest.* initio hujus capitis à nobis allegatæ, & denique, *l. liberto* 31. §. *ult. ff. eod. tit.* in quam, dum hæc scribo, fortè incidit in *d. l. filiæ* §. 1. Imperatores simpliciter rescribunt, non esse ambiguum, quin sumptus ab uno bona fide facti in communi hæreditate servari possint, vel familiæ erciscundæ judicio, vel actione negotiorum gestorum: quibus verbis videntur ei, qui sumptus fecit, potestatem concedere eligendi, qua actione experiri malit sine ulla distinctione negotii quod gestum est, utrùm eos sumptus pro parte sua tantùm facere potuerit, nec ne. Respondemus, quod illic ab Imperatoribus omissum est, sumendum esse ex aliis locis, atque utrumque intelligendum in casu suo habili: nempe ut sumptus servari possint judicio familiæ erciscundæ in negotio individuo, veluti si ædes communes fulsit, &c. actionem autem negotiorum gestorum in negotio dividuo, veluti si æs alienum hæreditarium solvit, aut ædium communium nomine damni infecti cavit, *l.* 3. *C. de neg. l. si comm.* 40. *ff. de neg. gest.* Evertere autem totam hanc distinctionem videtur locus in *d. l.* 3. *C. de neg. gest.* in cujus loci casu secundo datur cohæredi, qui pignus liberavit, vel familiæ erciscundæ actio, vel negotiorum gestorum. Atqui pignus pro parte liberari non potest, *l.* 1. *l.* 2. *C. si un. ex plur. hær. cred.* ae proinde: si vera est distinctio suprà posita: dicendum erat hoc casu non actionem negotiorum gestorum, sed solam familiæ erciscundæ, competere, sicut ab Ulpiano in tali specie responsum est, *l. his consequenter* 18. §. *ult. l. hæredes* 25. §. *idem observatur* 14. *ff. de hæred. petit.* Cæterùm non est quòd hac objectione moveamur. Duplex in *d. leg.* 3. *C. de neg. gest.* proponitur casus: unus, ubi totam pecuniæ summam cohæres solvit, pro qua nullum pignus datum erat, quo casu datur sola actio negotiorum gestorum: quia negotium dividuum est, ubi pecunia sine pignore debetur, *l.* 2. §. 1. *ff. de verb. oblig.* Alter, qui mox sequitur, est, cum pro communi debito hæreditario pignus datum est. Quia autem pignoris obligatio est individua, non potest unus è cohæredibus ne quidem ex parte illud liberare pro sua tantùm parte solvendo, *l.* 1. *l.* 2. *C. si un. ex plur. hæred. cred.* Porrò in hoc posteriore casu distinguendum est, utrùm hæreditas jam ante divisa sit judicio familiæ erciscundæ & nihil commune remanserit, nec ne. Priore casu ex necessitate datur actio negotiorum gestorum, quoniam neque familiæ erciscundæ judicium intentum intentari potest, *l. si filia* 20. §. *familiæ* 4. *ff. famil. ercisc.* neque locus esse potest judicio communi dividundo, ubi nihil remansit indivisum, *l.* 1. *ff. comm. divid.* Posteriore casu ubi hæreditas nondum divisa est sola competit actio familiæ erciscundæ: quam distinctionem locus ipse suggerit. Nam prior casus est in vers. *sive pignoris liberandi* usque ad illum, *vel judicio*, argumento à contrario verborum sequentium sensus posterior continetur his verbis, *vel judicio familiæ erciscundæ, si non est inter vos redditum.* Locus ultimus, qui huic nostræ & communi distinctioni objicitur, est *l. liberto* 31. §. *ult. ff. de neg. gest.* ubi ei, qui in defensione communis aquæ, id est, servituris aquæ sive ducendæ sive hauriendæ, sumptus fecit, non communi dividundo, sed negotiorum gestorum actio datur: cùm tamen servitutes prædiorum sint individuæ, *l.* 72. *ff. de verb. obl.* & ideo secundùm distinctionem suprà positam non negotiorum gestorum, sed communi dividundo actio dari deberet. Ant. Faber ad hunc locum in *rational.*

respondet potuisse socium partem suam communis aquæ ita defendere, ut tamen socii sui partem defendere non cogeretur: etsi enim servitus per partes acquiri non potest, tamen per partes posse retineri, *l.* 8. §. 1. *ff. de serv. l. si quis* 30. §. 1. *ff. de serv. præd. urb.* Ego dicerem nullam per se juris prædii communionem esse, & ideo hîc non communi dividundo, sed negotiorum gestorum agendum per textum expressum in *l. arbor* 19. §. 2. *ff. comm. div.* Communem autem aquam in *d. l. liberto*, appellari, quæ prædio communi debebatur.

CAPUT XXXVIII.

An in judicio familiæ erciscundæ absolutio & condemnatio facienda in personis omnium?

SI in libello plures seu plura capita comprehensa sint, vix dubium est, quin sententia super aliqua aut aliquibus eorum lata valeat, nisi capita connexa sint, ita ut separari nequeant, *l. etiam* 29. §. 1. *ff. de minor.* ubi Gloss. Bart. & alii, *l. pen. C. de transact.* quot enim species sunt seu litis capita, tot sunt sententiæ, id est, tot sententiæ separatim ferri possunt, *l. quid tamen.* 21. *ff. de recept. arbitr. arg. l. scire debemus*, 29. *ff. de verb. obl.* & ibi Alex. *l. pen. C. de sent. & inter loc.* Vant. *de null. sent. ex def. process. n.* 100. Sed & si unum duntaxat caput libellus contineat, idem adhuc dicendum est, si plures sint in lite, & eorum quidam post litem contestatam reipub. causa abesse cœperint, neque defendantur; nempe sententiam ferri posse ratione præsentium & absentium respectu judicium diffindi, *l. non idcirco* 44. *ff. de judice & ibi Gloss. &* DD. nisi fortè causa individua sit, *l.* 4. *ff. si ex nox. ca. ag.* Vant. *d. loc.* Quin & si generali judicio divisorio actum sit, puta familiæ erciscundæ, & quædam ex rebus hæreditariis indivisæ relictæ, valet nihilominus sententia, & de rebus indivisis communi dividundo agi potest, *l. si filia*, 20. §. *familiæ*, 4. *ff. fam. ercisc.* At si unum duntaxat sit litis caput & unus adversarius, aut etiam plures, qui defendantur, tunc judicium scindi non potest, ut de re in judicium deducta partim judicetur, partim non judicetur, sed totam causam sententia dirimi oportet, *l.* 19. §. 1. *ff. rer. arb.* v. c. si petitis. 100. & probatis 50. reus in 50. condemnatus sit, non valebit sententia, nisi de reliquis 50. absolutus fue[…] appellationis autem judicio sententia prio[…] tim confirmari, partim infirmari potest, *l.* […] *dam mulier.* 47. *ff. fam. ercisc. l. ult. ff. d[…] patron.* Bartol. *in l.* 1. *C. si adv. rem judi[…]* quo porrò illud sequitur, eandem sententia[…] tim justam e[illegible]posse, partim injustam, p[…] valere, partim non valere, ut in specie, […] *quædam mulier.* Divisio, quam fecit jude[…] miliæ erciscundæ, pro parte valet, pro parte […] valet. Sed huic loco obstare videtur, quod […] lus respondet in *l. in hoc judicio* 27. *ff. eod.* […] judicio familiæ erciscundæ condemnatione[…] absolutiones in omnium personis faciendas […] & ideo si in alicujus persona omissa sit damna[…] in cæterorum quoque persona, quod fecit ju[…] non valere, adjecta hac ratione, quia non p[…] ex uno judicio res judicata ex parte valere […] partem non valere. Quibus verbis hoc signifi[…] judicem non posse de re, quæ tota in ju[…] cium deducta est, pro parte judicare, pro p[…] judicationem omittere. Et hoc vel max[…] pugnare videtur cum eo, quod ante diximu[…] ubi plura sunt petitionis capita, sententiam […] per uno eorum latam valere, & in familiæ er[…] cundæ judicio posse aliquid indivisum à […] dice relinqui, cujus divisio postea petatur ju[…] cio communi dividundo. Cæterùm nullam […] esse pugnam, loco illo Pauli exposito, nem[…] *d. l. in hoc judicio* 27. *ff. famil ercisc.* pate[…] Ait Jurisconsultus: *In hoc judicio condemnatio[…] & absolutiones in omnium persona facien[…] sunt.* Quod notandum est. Ex eo enim i[…] telligimus loqui Jurisconsultum de præstatio[…] nibus hujus judicii personalibus, quæ damn[…] lucri, impensarum nomine inducuntur, non […] rebus, earumve divisione. Ex utrisque con[…] tat judicium familiæ erciscundæ, *l. item La[…] beo* 22. §. 4. *ff. fam. erc. junct. l.* 3. *ff. com di[…] vid.* Si de rebus locutus esset, ita scripsisset. […] *hoc judicio adjudicationes & condemnationes &c.* ut in *l. cum putarem* 36. *ff. eod. l.* 2. §. […] *ff. fin. reg.* Nam adjudicationes præcedunt, con[…] demnationes sequuntur, §. 4. *Inst. de offic. jud[…]* at condemnationum & absolutionum nullus e[…] inter se ordo. Omissa igitur adjudicationu[…] mentio satis indicat non de rebus, quarum adjudicatio est, sed de personalibus invicem præstationibus tantùm Jurisconsultum locutum esse, quanquam & in rerum adjudicatione hoc observandum, ut de re, quæ tota in judicium deducta est plena sententia feratur. Potest quidem aliquid in rerum divisione & adjudicatione indivisum manere in judicio familiæ erciscundæ: quia res plures in hoc judicium appellatione familiæ deducuntur; & quod [...]

missum est, potest dividi postea judicio communi dividundo, *l. si filia* 20. §. 4. *ff. fam. ercisc.* sed de qua re sententia fertur, de ea tota ferenda est non pro parte. Et sic quoque de præstationibus personalibus quæ specialiter in judicium deducuntur, judex non rectè pronuntiat, nisi plenè pronuntiet, facta scilicet, vel condemnatione vel absolutione in omnium personis, è quibus petuntur. Quippe unum judicium non potest scindi in partes ita ut de ea re, quæ in judicium venit, partim judicetur, partim non judicetur. Non potest, inquam, res in judicium deducta judicari pro parte, nec res judicata valere in partem tantùm, de qua pronuntiatum est; in partem autem omissam non valere: sed causam, quæ tota in judicium deducta est, & totam sententia judicis dirimi oportet. Denique plena debet esse sententia judicis, *l. qualem* 19. §. 1. *ff. de recept. arbitr.* semiplena ne pro parte quidem valet. Declaremus rem exemplo. Quatuor sunt cohæredes, qui inter se agunt judicio familiæ erciscundæ. Primus, Secundus, Tertius, Quartus. Primò, qui impensas in communi hæreditate fecerat, Secundus & Tertius eo nomine pro suis partibus impensas sarcire damnati sunt; Quarti damnatio omissa. Non valebit hæc sententia, quia plena non est. Plena verò est, etsi non de omnibus præstationibus personalibus, quæ in judicium deductæ sunt, quasque à se invicem cohæredes petierunt, judicatum sit, dummodò in omnium persona unius ex iis nomine condemnatio, vel absolutio facta sit: quia & de capite uno litis sententia lata plena sententia est, *l. pen. C. de sent. & interloc.* quæ Græca Justiniani constitutio à Cujacio restituta est *l.* 12. *c.* 2. *obs.* & est communis sententia. Jam credo, apparet, nullam quoque esse discordiam inter *d. l. quædam mulier.* 48. *ff. fam. ercisc.* & *d. l.* 27. *ff. eod.* Nam in specie, *d. l. quædam mulier.* judex non semiplenam, sed plenam sententiam protulit, de omnibus scilicet, quæ in judicium deducta erant, pronuntians nulla parte omissa: itaque non peccavit in regulam, *d. l.* 27. quamvis de una parte benè, de altera malè judicasse dicatur. Nimirum aliud est de diversis partibus altera benè, altera malè judicare: aliud de re tota in judicium deducta non integrè, sed pro parte tantùm & semiplenè judicare, quod *d. l.* 27. *& l. ult. ff. de jur. patron.* improbatur. Nec hoc latuit D. Augustinum, qui breviculi cum Donatistis, *col.* 3. *legibus*, inquit, *judex prohibetur semiplenam proferre sententiam.* Cujac. *lib.* 23. *obs.* 1. Dices fortasse, cur igitur appellatur à sententia in specie, *d. l.* 27. lata? Respondeo, quia judex etiam libertos diviserat, qui nullo jure dividi poterant, cum non sint in patrimonio defuncti, nec in rebus hæreditariis. Itaque valet quidem hæc sententia, at per appellationem potest rescindi pro ea parte, quatenus male judicatum. Nullum enim dubium est, quin judex appellationis possit sententiam ab inferiore judice prolatam pro parte confirmare, & pro parte rescindere. Alii aliter respondent, sed meo judicio, minus benè: quod nunc non tango.

CAPUT XXXIX.

Ad quodnam tempus referenda sit rei debitæ æstimatio, si ea creverit aut decreverit?

QUæstio hæc valdè perplexa est, nullusque est hodie vel judex, vel patronus, vel jurisconsultus, qui non hæreat maneatque suspensus quoties, cùm condemnatio facienda in rei petitæ æstimationem, quæritur, ad quod tempus æstimatio referri debeat, ut ait Cujacius, *tract. ad African.* 8. *in l. hominem* 37. *ff. mandat. in fin.* Natura & obligatione mutui continetur, ut res ejusdem generis & æquè bona creditori reposcenti reddatur, *l.* 2. *pr. l.* 3. *ff. de reb. cred.* Dum autem res reddatur ejusdem generis eademque bonitate, liberatur debitor quantacumque sit præsens æstimatio, quippe æstimatio extrà rem est, & magis proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quàm ex bonitate. Quod si res ipsa præstari non potest, aut non æquè bona, ut necesse sit condemnationem fieri in rei æstimationem, hic jam locus est quæstioni propositæ, quodnam tempus in æstimatione ineunda spectandum sit. Atque hoc non in mutuo tantùm, sed etiam in stipulatione & contractibus bonæ fidei, emptione, venditione, commodato, deposito, pignore, mandato, &c. quæritur. Primùm dicam quid hîc mihi respondendum videatur ex ratione juris scripti: deinde quid juris hodie in judiciis & foro obtinere plerique interpretes testentur.

Æstimatio petitur aut jure actionis, aut officio judicis: jure actionis, cùm in obligationem deducta est à contrahentibus, puta cùm quis tam stipulatus est, ut in specie *l. fundum* 18. *ff. de novat.* aut cùm ab initio deberi cœpit, ut in specie, *l. hominem* 37. *ff. mand.* Officio judicis venit æstimatio, cùm petitur res ipsa, quæ in obligationem deducta est, sed ea præstari non potest, aut non potest tam bona. Hîc enim officio judicis in locum rei succedit ejus æstima-

tio, *l. plerumque* 10. *in fin. ff. de jur. dot. junct. l. si servum* 91. §. *ult. de verb. obl.* & ita cape *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* Cum petitur æstimatio jure actionis, quæstio hæc locum non habet, utrùm creverit, an decreverit æstimatio. Eam enim æstimationem judex adjudicat, in quam debitor initio se obligavit, *d. l. fundum* 28. *ff. de novat.* aut quæ ab initio deberi cœpit ut in *d. l. hominem, ff. mandat.* Atque hoc efficitur certa ratione juris, quoniam tale quidque debetur, quale in obligationem deductum, estque hîc æstimatio ipsum principale debitum, quod ex obligatione præstandum est: ideoque sicuti homine promisso ipse homo petitur, ita & promissa æstimatione, non nisi ipsa æstimatio, qualis & quanta in obligationem deducta est, petenda & præstanda erit. At cùm æstimatio petitur officio judicis, tùnc procedit hæc quæstio, non in pecunia credita, cujus est perpetua æstimatio, *l.* 1. *ff. de contr. empt.* sed in frumento, vino, oleo, &c. mutuò datis, quæ pecunia æstimantur, *l. si ita* 42. *de fidejuss.* item in cæteris rebus debitis ex quoque contractu. Veteribus in hac quæstione placuit hæc distinctio, ut siquidem convenerit, ut res certo die redderetur, in lite æstimanda spectaretur dies adjectus insuper habito, an contractus sit bonæ fidei, an stricti juris, *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred. l. ult. ff. de cond. trit. l. qui autem* 12. §. 1. *ff. si quis caut. jud. l. si calendis* 11. *ff. de re jud. l. quotiens* 59. *ff. de verb. oblig. l.* 37. §. 1. *ff. mand.* Diem autem adjectum hîc spectari cùm dicimus, intelligimus ab eo tempore, ut termino à quo, debere judicem auctæ æstimationis rationem habere, in strictis judiciis usque ad litem contestatam, in bonæ fidei usque ad condemnationem, quasi mora contracta. Si convenerit, ut res certo loco redderetur, placet inspici, quanti res plurimi post moram contractam eo loco fuit, quo dari debuit, *d. l. vinum. de reb. cred. d. l. ult. de cond. tritic.* usque ad litem contestatam ut extremum in strictis judiciis, usque ad rem judicatam in bonæ fidei judiciis, per *l.* 3. §. 2. *ff. commod.* Non obstat, *l. cum quis* 22. *ff. de oblig. & act.* Nam illa Jurisconsulti verba, *ejus temporis æstimatio spectanda est, quo satis accepit*, sic accipienda sunt, ut significetur id tempus, quo ut merx solveretur, fidejussor se obligavit: vel cum Cujacio in *d. l. cum quis, tract.* 3. *ad African.* & in *l. quoties* 59. *de verb. oblig.* ponendus casus, quo fidejussor intervenit, cum jam dies venisset, quo reus solvere debuit, *arg. l.* 9. §. 3. *ff. de pign. act.* Quod si pura sit obligatio, in bonæ fidei judiciis spectatur tempus litis contestatæ, ut terminus à quo, tempus rei judicatæ, ut extremum & terminus ad quem: res perierit: quia res antea extincta non [...]test æstimari, quanti tunc est, cùm sente[ntia] fertur, & ideo æstimatur, quanti fuit [...] pore interitus, per *l.* 3. *ff. de cond. tritic.* [...] strictis autem inspicitur tempus litis contest[atæ] duntaxat, id est, ut terminus à quo & ad qu[em] simul, *d. l.* 3. §. 2. *ff. commod.* nisi mora fa[cta] sit, quo casu tempus moræ est terminus à q[uo] in utroque genere judiciorum. De strictis est *l. hominem* 37. §. 1. *ff. mandat.* de bonæ fi[dei] in *l.* 3. §. *ult. l. si sterilis* 21. §. 3. *ff. de act. emt.* Licet enim rarò sine mora ad judicium perven[ia]tur *l.* 3. *pr. ff. de usur.* aliquando tamen fieri potest, *l. sciendum* 21 *& seq. eod.* Itaq[ue] quantùm æstimatio crevit à tempore moræ usq[ue] ad judicium acceptum in strictis, in bonæ fid[ei] contractibus usque ad rem judicandam hîc præ[s]tandum erit, *l.* 3. §. 2. *ff. commod.* Contra [si] creditor in mora fuerit, ex eo tempore res æsti[]mabitur, quanti minimi, arg. à contrari[o]. Quod si quis jam quærat, cur in strictis judi[]ciis tempus litis contestatæ, in bonæ fidei tem[]pus rei judicandæ, ut extremum spectetur: ratio hæc est, quia in strictis judex adstringitu[r] formulæ petitionis: petitur autem res, uti nu[nc] est cum petitur *l.* 2. *ff. de usur.* & hoc pertinet [] *d. l.* 22. *ff. de reb. cred.* In bonæ fidei verò judi[]ciis non ita est judex formulæ non est adstric[]tus, & potest judex etiam eorum, quæ poste[a] contingunt, rationem habere, sicut exceptiones formulæ non insertas post litis contestationem potest admittere, *l. planè* 38. *l. ult. ff. de hær. petit. l.* 3. *ff. de resc. vend.*

Non obstat, *l.* 5. §. *ult. ff. de in lit. jurand.* ubi si post moram aut culpa debitoris res perierit ante litem contestatam, & judex aditus sit, ea jurejurando in litem æstimanda dicitur, etiam in strictis judiciis. Nam liberum est actori recusare jusjurandum, si de æstimatione testibus aut instrumentis probare malit: utrumque enim jusjurandum in litem tam veritatis, quàm affectionis actoris gratia comparatum est, *l. quod si* 71. *ff. de rei vind.* & quærimus hîc non de æstimatione quæ fit à parte, sed à judice. Nihil quoque in contrarium facit, *l. cum fundus pr.* 31. *ff. de reb. cred.* quia illic nulla quæstio est de æstimatione rei petitæ, sed de fructibus & accessionibus & causa rei. Certum autem est quod post judicium acceptum omnem causam actori præstandam esse, id est, id omne, quod habiturus fuisset, si tempore litis contestatæ res petita restituta aut soluta fuisset; hæc enim omnia una cum re tacitè in judicium deducuntur, & ad officium judicis pertinent, *d. l.* 31. *de reb. cred. l. præterea* 20. *l. & ex diverso* 35. §. 1. *ff. de rei vind.*

2, l. 3, §. 1. l. *videamus* 38. §. *si actionem* 7. *ff. de usur. l. ædiles* 25. §. *item sciendum* 8. *ff. de ædil. edict.* Non adversarius etiam *l.* 7. §. 1. *ff. de cond. furt.* ubi dicitur in conditione furtiva, quæ stricti juris actio est, si quæratur, cujus temporis æstimatio, fiat id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit.

Nam quia fuit semper, hoc est ab initio rei ablatæ, & quolibet momento moram facere intelligitur, ideo in conditione furtiva res, quanti unquam plurimi fuit, usque ad litem contestatam æstimatur, *l. ult. in fin. eodem tit.* Fac. *l. pen. ff. de act. rer amot.* Nec adversatur huic responsioni, *l.* 2. §. 3. *ff. de priv. delict.* Neque enim hoc dicimus in conditione furtiva æstimationem restringi ad annum retrorsus computandum ex die judicii accepti, ut fit in lege Aquilia, sed contrario modo rem quanti plurimi fuit ex die moræ usque ad acceptum judicium æstimari. Magis obstat *l.* 3. *de cond. trit.* ubi in æstimatione rei facienda condemnationis tempus spectari dicitur in conditione triticiaria, quæ creditur esse stricti juris. Respondet Pacius condictionem triticiariam non differre ab aliis actionibus specie, sed tantùm qualitate adjectitia, & aliarum quarum est adjectio, naturam imitari, *arg. l.* 1. *ff. eod. tit.* sicut actio de peculio, institoria, exercitoria, &c. non sunt actiones per se constantes, sed tantùm actionum ex contractu, puta mandati, depositi, exempto, ex stipulatu, &c. adjectione, quarum actionum naturam & ipsæ imitentur. Quapropter casus habilis in *d. l.* 5. ponendus est, nempe si triticiaria de æstimatione agatur, ex causa bonæ fidei judicii, puta ex causa commodati, depositi, pignoris, &c. non autem si eadem actione agatur ex causa mutui aut stipulationis. Ita Julius Pacius, *cent.* 3, *quæst.* 72, alii aliter. Ant. Faber, *l.* 18. *conject.* 4. putat *d. l.* 3. intelligendam de casu, quo post condemnationem triticiaria de æstimatione agitur, & fortasse rectius: sed amplius deliberandum. Vide Cujac. *in l. quoties* 59. *ff. de verb. obl.* Don. *in l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* Duar. *ad tit C. si cert. pet. c.* 8. Hotoman. *ill. q.* 10. Ant. Fab. 16. *conject. c.* 1. *& seqq. & Cod. for. tit. si cert. pet. defin.* 7. *& seqq.* Perez. *in C. eodem n.* 25. Bronch. *cent.* 2, *assert.* 19. Schiford. *l.* 1. *tract.* 20 *&* 8. *seqq.*

Cæterùm ex communi interpretum sententia cùm de ineunda rei æstimatione quæritur, nulla inter judicia bonæ fidei & stricti juris facienda differentia, nisi cùm agitur de rei æstimatione per jusjurandum in litem ab actore probanda, DD. post. Bart. *&* Castr. *in l* 22. *ff. de reb. cred.* ita enim accipiunt, quod scriptum est in *l.* 3. §. 2. *ff. comm.* quia ibi etiam de jurejurando agitur. Sed tam in judiciis strictis, quàm bonæ fidei inspiciendum erit tempus moræ, si qua litis contestationem præcesserit, & eo tempore res pluris fuerit, sive mora re ipsa contracta sit, ut puta venditore post acceptum pretium cessante in tradenda re vendita cujus tradendæ facultatem habet, ut in specie, *l.* 13. §. *veniunt.* 20 *ff. l.* 5. *C. de act empt.* sive per lapsum dici in obligatione positi, ut in *d. lib.* 21. *& l.* 11. *ff. de re judic.* sive per expressam interpellationem vel in judicio, vel extra judicium opportuno loco & tempore moræ res minoris fuerit, crescet in singula momenta æstimatio ab eo die, quo mora contracta est, in diem usque condemnationis, si non medio tempore mora purgata, nec posteà rursum contracta sit, *arg. l.* 8. §. 2. *ff. de cond. furt.* cum alioqui futurum sit; ut moroso debitori sua prosit frustratio contra *l. hominem* 37. §. 1. *ff. mand.* Sed & post condemnationem crescet æstimatio per *l.* 3. *ff. de cond. tritic.* sive à sententia perperam & sine causa provocatum sit; sive post quadrimestre, quod faciendo judicato datur, *l. ult. C. de usur. rei jud.* novam moram contraxerit debitor jam condemnatus. Totius autem illius quadrimestris temporis induciæ, etiam cum mora præcessit condemnationem, condemnati immunes erunt à periculo augmenti æstimationis, si forte interea creverit. Interdum verò juxta eandem Interpretum sententiam spectandum tempus contractus, eaque debebitur æstimatio quæ tunc præcisè fuerit, nimirum si ita ferant verba contractus, & æstimatio ipsa sit in obligatione, obligatio autem ipso contractus tempore oriatur, ut in specie *l.* 28. *ff. de novat.* At si obligatio præstandæ æstimationis non statim oriatur, ejus temporis habenda ratio, quo orietur, ut evenit in casu, *l. hominem* 37. *ff. mandat.* cum quis alterius mandato dati certum hominem fidejussit & solvit: quoniam ab eo demum die, quo solvit, nascitur obligatio & jus petendæ æstimationis, per *l.* 22. *ff. de oblig. & act.* actio autem mandati datur in id tantùm, quod eo nomine actori abest. Hanc sententiam propter communem interpretum fere omnium consensum. Curias omnes nunc sequi testatur Ant. Fab. *C. suo for. tit si cert. pet. defin* 15. nec in tam multis à ratione juris scripti abhorret, ut ille existimat, *add.* Costal. *ad l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* Sand. *lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 8.

CAPUT XL.

An si convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia caussa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?

QUæstio hæc tota Academica est, cui causam dedere duo loci inter se contrarii, non in speciem & μετὰ τὸ φαινόμενον sed ὄντως & revera: nempe *l. singularia* 15. *ff. de reb. cred.* & *l. qui negotia* 34. *pr. ff. mandat.* Ita jus est, ut quam pecuniam tibi credidi, ea non aliter mutua fiat, quàm si de mea tua facta sit: in hoc enim mutuum damus, ut rerum creditorum dominium in accipientem transferatur, quod fieri non potest, nisi & is qui credit, dominus sit, *l.* 2. §. *in mutui* 4. *ff. de reb. cred. junct. l. nemo* 54. *ff. de reg. jur.* Atque hoc mutui adeo proprium esse putatur ut etiam nomen ab eo acceperit, quod de meo tuum fiat, *d. l.* 2. §. 1. *Inst. quib. mod. re contr. oblig. in pr.* Igitur si inter nos convenerit, ut tu pecuniam quam mihi ex causa mandati, societatis, emptionis, &c. debes, creditam tibi habeas; aut, si, cum me mutuam pecuniam rogares, jusserim, debitorem meum tibi dare, pecunia credita non fiet: mutuum non erit: non enim mea pecunia fuit, quæ crediti nomine aut retenta est, ut in casu priore; aut tertio numerata, ut in posteriore; sed debitorum, *l.* 1. *ff. de lib. legat. l. Quintus Mucius* 22. §. 2. *l. scribit* 34. *pr. ff. de aur. arg. mund. leg.* & hoc quidem efficit summi juris ratio, si videlicet κατὰ τὸ ἀκριβοδίκαιον res exigatur. Cæterum Ulp. in *d. l.* 15. *ff. de reb. cred.* singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam, id est, quædam benignè recepta esse contra subtilitatem juris, παρὰ τὴν ἀκρίβειαν καὶ παρὰ κανόνας, ut bene Græci *in Basil.* & nimirum, ut quamvis pecuniam meam non acceperit, efficiatur tamen mutua, & eo nomine mihi obligeris, si convenerit inter nos, ut tu eam tanquam à me tibi creditam mihi deberes. Cujusmodi duas species profert. Prima est, cum te mutuum rogante, non dedi ipse de meo, sed curavi, ut tibi daretur de eo, quod mihi debebatur, dum jubeo debitorem meum tibi dare. Hoc autem receptum est vitandi circuitus causa, & fictione quadam, quæ brevis manus dicitur in *l. licet* 43. §. 1. *ff. de jur. dot.* quasi ille mihi prius dedisset, ego deinde tibi *d. l. singularia in fin.* Nam & alias celeritate conjungendarum inter se actionum, id est, dum quod agimus, acceleramus, una actio sæpè occultatur, & quodammodò surripitur, *l.* 3. *pen. ff. de don. int. vir. & ux.* Species altera quam ejusdem rei confirmandæ gratia Ulpianus in *d. l. singularia*, affert, est, si convenerit, ut pecuniam, quam ex alia causa, & nominatim ex causa mandati tu mihi debes, crediti nomine retineas: in qua & ipsa exemplo superioris mutuum admittit, & facilius etiam admittendum censet; quia quod in duabus personis receptum est, multò magis recipi debeat in una eademque persona: utique enim facilior fictio breviorque manus tibi est, ubi una tantùm est manus, ut tu scilicet videaris nihil solvisse & protinus à me accepisse. Notandum hîc obiter priorem obligationem non tolli conventione & constitui novam ex causa mutui? hoc enim pugnaret cum certo & explorato jure, quia novatio non fit citra stipulationem, *l.* 1. *l.* 2. *& pass. ff. & C. de novat.* & novissimo jure non aliter, quàm si hoc ipsum à contrahentibus expressum fuerit, se novandi animo prioris obligationis tollendæ causa posteriorem contrahere, *l. ult. C. eod.* sed primam tolli solutione, quamvis sine conventione id non fiat: quia fingitur debitor pecuniam dedisse creditori, atque eo modo ex priore causa liberatus esse, eodemque tempore pecunia à creditore ad illum profecta, quæ res mutuum constituat. Est & alia species præcedenti non dissimilis, relata ab eodem Jurisconsulto in *l. rogasti* 11. *pr. ff. de reb. cred.* nempe si tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, lancem dederim, ut venderes, & pretio utereris; tuque eam vendideris, & nummos acceperis, hoc perinde habendum esse, ut si vendidissem ipse, & pecuniam inde confectam tibi numerassem. Prima species dubitationem non habet: nam & Africanus in *d. l. qui negotia* 34. *pr. ff. mandat.* fatetur benignè receptum esse, ut hujusmodi in casu pecunia credita fiat. Sed idem responsum Africani de secunda & tertia specie negotium facessit, & quidem tale, ut Peliam mihi lavare videantur, qui rationem componendi dissidii inter Ulpianum & Africanum quærunt.

DD. communiter circa speciem secundam, videlicet, si convenerit, ut pecunia debita ex alia causa, verbi gratia ex causa mandati credita fiat, ita distinguunt, ut si quidem procurator pecuniam habuerit solutioni paratam, procedat sententia Ulpiani in *d. l. singularia* si non habuerit paratam, Africani, *d. l. qui negotia,* & ita quoque Costallius in *d. l. singularia*, Corasius 6. *miscell.* etiam hoc in responso Africani expendit, quod per epistolam inter absentes convenerit, quod etiam Donellus in *d. l. singularia* prætexit: sed neque

neque illud, neque hoc potest impedire fictionem brevis manus. Pone Titium qui centum mihi debet, ex causa mandati aut qua alia, non habere paratam ad solvendum pecuniam, aut eum habitare Lutetiæ, cùm ego habitem in Belgio, an propterea, quod debitor pecuniam in loculis non habet, fingi non potuerit soluta & retro tradita? Aut si alibi habitat, & per epistolam à me petit, ut eam pecuniam, quam ex alia causa debet, crediti nomine retineat, quidni possit pactione hoc effici, ut credita fiat, eadem illa quam dixi, fictione brevis manus? At egerit Corasius nihil aliud in *d. l. qui negotia* ab Africano proponi, nisi quod epistola à procuratore ad dominum negotiorum missa sit: solius autem procuratoris voluntate à priore obligatione recedi, eamque solvi atque in aliam causam converti sine consensu domini non posse. Sed quis non videt, quam stulta, si talem casum ponamus, sit quæstio? Digna scilicet quæstio, de qua Jurisconsultus adeatur & consulatur, an debitor, qui mihi centum debet ex causa mandati vel alia, se liberare, causamque debiti me ignorante aut non consentiente mutare possit? Supponit Jurisconsultus creditorem epistolæ ad se missæ consensisse sive apertè per rescriptionem, sive tacitè, hoc ipso scilicet, quod apertè non dissensit nec rescripsit, *l. si filiusfamil. 17. ff. de senat. Maced.* Constat autem, pacta rectè fieri per epistolam. *l. 2. ff. de pact.* & epistolam, cui consentit is, ad quem mittit, pro pactione esse, *l. dot. 16. ff. de fund. dot.* Jam verò Africanum in specie à se proposita epistolam pro conventione seu pactione accepisse ostendunt hæc ejus verba: *Alioqui dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam*, &c. item illa in *fin. pr. d. l. qui negotia tamen usuras, de quibus convenerit, præstare debeat*, denique & duo illa exempla, in quibus mutuum ex conventione admittit. Nemo autem unquam pactionem aut conventionem dixit pro voluntate unius *l. 1. §. 1. ff. de pact. l. 3. de pollicit.* nec ita loqui Jurisconsulto integrum fuit, non magis quàm vestem appellare suppellectilem. Postremò fictioni, ut tu mihi videaris ex priore causa solvisse, & rursus ex causa mutui protinus à me accepisse, sine mutua conventione locus esse non potest. Ergo pactione nuda per epistolam id actum inter me & te proponitur, ut pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, debeas ex causa crediti: & quæritur, an ea pactione causa mandati conversa sit in causam crediti, quod negat Africanus? quamvis fateatur, usuras ex ea pactione peti posse, nempe actione mandati, & periculum nummorum ad procuratorem transire, *d. l. qui negotia in fin. præsc.* Et igitur secundùm Africani sententiam in specie proposita, pactio, de qua agitur, ad obligationem sortis ex causa mandati convertendam in obligationem mutui inutilis est. Atque hoc primum probare conatur argumento ducto ab absurdo, quod alioqui dicendum sit, ex quolibet contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Respondet deindè duobus argumentis, quæ in contrarium afferri possent, quorum alterum ostendit esse à dissimili, nempe quòd nummi, quos mihi debes, ex causa depositi crediti fiunt, modò convenerit inter nos, ut crediti fiant, quia hîc nummi, qui mei erant tui fiunt, *l. condicti 9. §. ult. ff. de reb. cred.* Alterum à simili quidem esse fatetur, nempe si debitorem meum jussero tibi mutuum rogandi dare pecuniam, eam creditam fieri: sed ait, benignè id in hoc casu receptum esse, quo innuit id non esse producendum ad consequentias, *l. quod vero 14. ff. de legib.* Notandum hîc in transitu, quòd si in specie initio ab Africano proposita, & de qua hîc quæritur; solius debitoris, ut vult Corasius, voluntas intervenisset, non alterum solum è duobus exemplis, quæ objiciuntur, dissimile esset, sed utrumque, & una eademque ratione utrumque rejici potuisset: quia scilicet in specie controversa unius debitoris, in exemplis objectis utriusque consensus intervenerit, quod & Schifordigerus *lib. 2. tract. 16. quæst. 5.* observavit. Quid verò Ulpianus in *d. l. singularia*? Is ex professo se opponit Africano, & quod ille negabat, affirmat, scilicet etiam in specie, de qua agimus, si convenerit, ut pecunia debita ex causa mandati, crediti nomine retineatur, creditam fieri; multòque magis in hac specie id recipiendum esse, quàm illa, ubi mutuum petenti jussi debitorem meum pecuniam dare, ducto argumento à minùs probabili ad id, quod est magis probabile: quia, inquit, quod in duabus personis receptum est, id etiam in una admitti debet. Probabilius enim est, ut fictio inducatur in una persona, quàm in duabus: quippe facilius nulla interposita alia persona pecuniam, quam tu mihi debes ex alia causa, credere tibi possum, ut tu mihi videaris solvisse, & mox à me accepisse, quam per personam interpositam. Illud procul dubio non negasset Ulpianus, ea quæ benignè recepta sunt, non esse producenda ad alia, quæ minùs sunt probabilia; veluti si fictio illa brevis manus in una tantùm persona recepta fuisset: sed cùm illa recepta sit in duabus personis; etiam ad id, quod est probabilius, ubi una duntaxat persona est, eam producendam rectè existimavit. Eadem dissensio inter eosdem jurisconsultos est & in tertia illa,

quam suprà posui, specie, si tibi mutuam pecuniam roganti, cùm eam non haberem, rem aliquam vendendam dedi, ut nummos inde confectos mutuos haberes. Nam & in hac specie, si rem vendideris, mutuam pecuniam factam esse ait Ulpianus in *lib. rogasti* 11. *præsc. ff. de reb. cred.* nempe si & pretium acceperis, *l.* 19. *ff. de præs. verb.* quod ex narratione facti satis intelligi putavit Jurisconsultus. Id enim actum esse proponitur, ut rem venderes & nummis utereris, acceptis scilicet, quoniam non nisi acceptis uti potes. Et quoniam in mutuo ex meo tuum fieri debet, etiam hîc ex sententia Ulpiani fingitur pecunia prius à venditore tradita esse ei, qui rem vendendam dederat, deinde ab eo in venditorem iterum translata mutui causa, ut una actio hîc occultetur vitandi anfractûs gratia *l.* 3. §. *pen. ff. de donat. int. vir. & ux.* Africanus autem in eadem hac specie planè contrarium respondet in *d. l. qui negotia pr. vers. his argumentum*, nempe eum qui cùm mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam ut creditam petere non posset. Nam quod quidam aiunt, in specie Africani ideo mutuum non contrahi, quia non convenit, ut nummi ex venditione redacti essent crediti, ut in specie Ulpiani? sed ut res ipsa vendenda data statim esset mutua, argentum ipsum, lanx aut aliud vas argenteum, id est certum corpus, in quo mutuum non potest consistere, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.* id textus ipse satis refellit: quod enim vendendum datur mutuum roganti, id ipsum non potest dici ei mutuo dari: sed hoc non alio fine fit, quàm ut pecunia ex venditione confecta tanquam credita utatur. Quapropter omnibus bene expensis iterum dico, eos oleum & operam perdere, qui hoc inter Ulpianum & Africanum dissidium student componere. Et nimis puerile est credere nullam in corpore juris reperiri antinomiam, quia Justinianus hoc dixit, aut Tribonianus Justiniano persuasit. Utrius igitur sententia prævalebit? Quem hîc sequemur? Ulpianum scilicet, qui & posterior est, & majorem æquitatis ac benignitatis, quam stricti juris rationem habendam putavit, juxta *l. placuit* 8. *C. de judic.* Cùm contra Africanus nimium hac in parte religiosus & stricti juris retinentior fuerit. Non obstat huic responsioni, *l. ex pretio* 6. *si cert. pet.* quæ est Imperatorum Diocletiani & Maximiani Ulpiano posteriorum: quoniam in illo rescripto non convenit, ut debitor pecuniam, quam ut pretium emptionis debebat, incipere deberet Nicandro ex causa mutui: sed cùm revera ex causa emptionis deberetur, tantùm simulatè scriptum erat in instrumento, eam ex causa mutui deberi. Nulla igitur intercesserat conventio, ut ex causa crediti deberetur: id quod evidenter demonstrant verba ipsius rescripti, *simulatis pro infectis habitis.* Simulabatur ergo causa mutui, non revera agebatur ut esset mutuum. Imo ex contrario sententia Ulpiani in *d. l. singularia*, illo Imperatorum rescripto confirmatur, quod utique si abesset simulatio, demonstrat pecuniam debitam, ex causa venditionis nuda pactione in causam crediti posse converti, & de eo nulla hodie dubitatio est, *add.* Cujac. *tract.* 8. *ad Africanum in d. l. qui negotia ff. mandat.* Schifordiger *l.* 2. *tract.* 26. *q.* 5.

CAPUT XLI.

An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ post biennium opponere possit, onus probandi in se suspiciens?

SI quis scripto seu chirographo, seu alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, nec intra biennium confessionem suam retractavit, is litteris obligatus est *pr. Inst. de lit. obl.* Hæc autem obligatio non est habenda pro merè civili, sed pro mixta seu civili & naturali simul, cui etiam competit definitio obligationis tradita, *pr. Inst. obl.* ut ex divisionibus subjectis patet. Sed illa, quæ ex confessione mutui accepti intra biennium competit merè civilis est, & exitu inutilis, quia per exceptionem perpetuam non numeratæ pecuniæ infirmatur, *d. pr. & tot. tit.* 1. *de except. non num. pec. junc. l. nihil interest.* 112. *ff. de reg jur.* nimirum mixta obligatio duorum generum est; una verè talis; altera præsumptiva, qualis est obligatio judicati, confessi, jurisjurandi: & talis quoque est ea, quæ dicitur litterarum. Nam sicut post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, non amplius quæritur, an debeantur, *l. post rem* 57 *ff. de re jud.* ita & post biennium non amplius quæritur, an pecunia confessa numerata sit, sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, confitentem obligat. *d. pr. Inst. de lit. oblig. l. si intra* 8. *C. de exc. non num. pec.* eademque fere ratione hæc obligatio defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, boni scilicet publici & litium expediendatum prætextu: Quid ergo si confessus intra biennium cautionem & confessionem suam non

retractaverit quidem, sed paratus sit, probare pecuniam sibi numeratam non esse, an non erit audiendus? Non puto. Nam si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens est eum necessitate rei solvendæ jam ita adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit, est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundùm formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quàm si solvat aut satisfaciat creditori, *Inst. de oblig. in pr.* atque hoc etiam expresse rescriptum est in specie debiti proposita, *d. l.* 8. *C. de non num. pec.* Cæterùm Doctoribus communiter post Accursium & Bartolum contrarium magis placet, nempe debitorem post biennium adhuc audiendum, dummodò paratus sit docere de pecunia sibi non numerata: ita Baro. Schneid. Bachov. *ad tit. Inst. de lit. obl.* Bronch. 2. *assert.* 22. Perez. *C. d. tit. de non num. pec. num.* 14. Moventur primò, quod exceptiones natura sua sunt perpetuæ, & tunc etiam, cùm ex ea causa nascuntur, ex qua actio nata esset temporalis, *l.* 5. *§. ult. ff. de except. dol. mal.* Deinde quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli, *l.* 3. *C. de pec. non num.* quæ cùm sine dubio perpetua sit, *d. l.* 5. *§. ult.* utique etiam post biennium competere debeat, etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Tertiò, quia illicitæ actiones admittendæ non sunt, *l.* 6. *ff. de offic. præsid.* Illicita autem & iniqua exactio est, si reus probare volens sibi pecuniam numeratam non esse, non audiatur. Postremò, quia non potest lapsus biennii debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solum tribuit debitori immunitatem probationis, *l.* 10. *C. de non num. pec.* ergo nec lapsus biennii amplius ei adimere potest.

Sed procul dubio verius est & scripti juris rationi magis consentaneum, debitorem post biennium non audiri, nec si ultro probationem offerat. Et enim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex litteris, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse; qui chirographum quidem suum seu causam obligationis agnoscit: cæterùm numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, licet ejus rei probationem offerat. Quod si probatio post biennium contra cautionem admitteretur, nec scriptura jam ad obligationem valeret, sed tantùm ad probationem; nec novum esset hoc obligationis genus, quod ex litteris nasceretur, sed ex re. Denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ, qua parte etiam major vis esset cæterarum cautionum, quàm pecuniæ creditæ, *l. generaliter* 13. *C. de pecun. non numer.* ex quibus tamen obligationem litterarum non nasci inter omnes convenit. In summa nulla esset revera litterarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide facienda, ut uni intra biennium incumberet probatio, post id tempus alteri: & consequenter expungenda esset è catalogo verarum obligationum illa litterarum. Loci juris in hanc sententiam manifesti sunt. In *l. adseveratio* 10. *C. de non num. pec.* aiunt Impp. querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod certè non potest restringi ad probationis immunitatem. Aiunt enim querelam evanescere: quod utique falsum est, si post definitum tempus adhuc quærelæ sive exceptioni locus est, licet probatio offeratur de pecunia non numerata. In *l. si intra* 8. *C. eod.* scriptum est eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodò debitum solvere compelli: non potest autem compelli, qui justam exceptionem habet. Imo ille debitor esse desinit, nec verè debitum appellari potest, quod propter exceptionem perpetuam peti nequit, *l. Marcellus* 66. *l. nihil interest.* 112. *ff. de reg. jur.* Idem probat nec minus evidenter, *l. in contractibus* 14. *pr. C. eod.* ubi verbis dissertissimis cavetur, ne post biennium ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: & ergo ne tunc quidem cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit. Hoc amplius in *d. l. contractus §.* 3. illud observari nominatim jubet Justinianus, ut ne liceat debitori, qui questus non est, post biennium creditori agenti in judicio deferre jusjurandum, cùm tamen alias recusatio jurisjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur, *l. manifestæ* 38. *ff. de jurejur.* adeoque facilius admittenda fuerit jurisjurandi delatio, qua actor testis & judex in sua causa constituitur, ut rem uno verbo transigere possit, quàm prolixæ & adversùs invitum susceptæ probationes, *arg. l.* 1. *& l.* 2. *ff. d. tit.* Unde perspicuè apparet Justinianum nullas omnino probationes post biennium admitti voluisse. His insuper accedit textus in *l. ult. C. de condict. ex leg.* ubi expressè cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam verò si cautio oblata probatione pecuniæ non numeratæ post statutum tempus condici non potest, ratio nulla est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Denique nec aliter Græci; sic enim Harmenopulus, *l.* 1. *prompt. tit.* 2. *n.* 4.

ὁ λέγων ὅτι οὐ γέγονεν ἀριθμησις εἰ μὴ ἐντὸς διετίας ἢ ἐνάχθῆ, ἢ διαμαρτύρεται περὶ τούτου, οὐδεμίαν ἔχει δικαιολογίαν, id eſt, qui negat numerationem factam eſſe, niſi intra biennium conveniatur, aut de ea re conteſtetur, nullam habet defenſionem. Poſtremò, uno tantùm modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota ſcilicet intra biennium querela, ſeu proteſtatione facta de pecunia minimè numerata, *d. l. contractus* §. *ult.*

Argumenta in contrarium adducta infirmiora mihi videntur, quàm ut hanc ſententiam poſſint convellere. Nam quod primò producitur in genere de natura exceptionum, quòd ſint perpetuæ, id ad eas exceptiones non pertinet, quæ etiam ultro à debitore per modum actionis proponi poſſunt. Exempli gratia, ſi filius exhæredatus ſit in poſſeſſione hæreditatis, & ſcriptus hæres ab eo hæreditatem petat, poteſt filius in modum contradictionis ſive excipiendo queri de inofficioſo, *l.* 8. §. *ſi filius* 13. *ff. de inoffic. teſtam.* ſed utetur hac exceptione duntaxat intra quinquennium: ſic enim proponere eam debet, quemadmodum ageret, ſi non poſſideret, ſed peteret, ut diſertè ait Juriſconſultus dicto loco. Conſtat autem actionem de inofficioſo quinquennio finiri, *d. l.* 8. §. *ult. & l. ſeqq. l.* 16. *l.* 34. *in fin. C. eod.* Hoc verò ex eo eſt, quia poteſt nihilominus filius ſeparatim ſine petitione hæreditatis querelam movere ob hoc ſcilicet ut teſtamentum pronuntietur inofficioſum. Pari ratione exceptio non numeratæ pecuniæ ultra biennium non extenditur, quia & ipſa, creditore intra biennium non agente, per modum actionis induci poteſt: nam & cautionem ſuam confeſſus condicere intra id tempus poteſt condictione ſine cauſa, aut ob cauſam dati cauſa non ſecuta, *l.* 7. *C. de non num. pec. l. ult. C. de cond. ex leg.* & ultrò queri ſive proteſtari de non facta numeratione, atque hoc pacto ſibi acquirere exceptionem perpetuam, *lege octava, l. nona l. contractus,* 14. §. *ultimo & auth. ſeqq. C. de non num. pec.* Quod ſecundo loco afferunt de exceptione doli concurrente cum illa pecuniæ non numeratæ, colorem aliquem videtur habere, ſed præter colorem nihil habet. Fatemur ultrò, exceptionem doli concurrere cum exceptione non numeratæ pecuniæ, id eſt, confeſſum vel hac vel illa ad defenſionem ſuam intra definitum tempus uti poſſe, *l.* 3. *C. eod.* ſed negamus omnem exceptionem doli eſſe perpetuam.

Duplex enim eſt doli mali exceptio, una generalis, quæ cum cæteris omnibus exceptionibus concurrit, & ex omni cauſa naſcitur, ob quam id quod petitur, exceptione elidi poteſt, quamvis inter initia nihil dolo factum ſit, *l.* 2. §. *& generaliter,* 5. *l.* 4. §. *penult. l.* 12. *ff. de dol. mal. exc. l. ſi quis* 36. *ff. de verb. oblig.* altera ſpecialis, quæ naſcitur ex eadem cauſa, ex qua actio de dolo, videlicet ſi quid ab initio geſtum ſit dolo malo, §. 1. *Inſt. de except. L.* 5. *C. de inut. ſtip. l.* 5. §. *ult. ff. de dol. mal. except.* Hæc ſpecialis doli exceptio perpetua eſt, & quidem non eo tantùm ſenſu quo exceptiones peremptoriæ & perpetuæ dicuntur ab effectu, quod ſemel oppoſitæ ſemper agentibus obſtent §. *perpetuæ* 9. *Inſt. de except.* quo eodem ſenſu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua eſt: nam & illa intra biennium ſemel conteſtata perpetuò obſtat agenti: verùm etiam reſpectu temporis intra quod opponenda, *l.* 5. §. *ult. ff. de dol. mal. exc.* at generalis illa doli exceptio naturam & conditionem earum ſemper ſequitur, cum quibus concurrit, tanquam acceſſio quædam, *l.* 2. §. *& generaliter,* 5. *ff. eod.* ut ecce, is qui decem debebat, pactus eſt cum creditore ne à ſe pecunia peteretur: hîc ut pacti exceptio, quæ ex hac conventione debitori quæritur, lapſu temporis non interit, ita nec doli, quæ cum ea concurrit. Quòd ſi pactus ſit debitor, ne intra biennium à ſe peteretur, petenti intra biennium obſtabit tam doli quàm pacti exceptio: at poſt biennium neutra, *d. l.* 2. §. *item quæritur* 4. *ff. de dol. mal. exc.* Sic qui uſuras in futurum à debitore accepit, ei intra id tempus ſortem petenti obſtat exceptio pacti conventi, *l. qui in* 57. *ff. de pact.* & intra idem tempus propter hanc etiam illa doli generalis, *d. l.* 2. §. *& generaliter* 5. finito autem eo tempore cum illa & hæc expirat. Simili planè ratione, ut confeſſus intra biennium conventus vel exceptione non numeratæ pecuniæ, vel doli ſe tueri poteſt propter illam: ita poſt biennium ut illa ceſſat, ita & hanc ceſſare neceſſe eſt. Porrò non eſt iniqua exactio, ubi debitum petitur. Neque enim iniquum eſt, ſi rationem civilem ſpectamus, eum, qui proprio chirographo confeſſus eſt, ſe debere, ſibi pecuniam numeratam eſſe, poſt ſilentium totius biennii hanc quaſi contempti beneficii juris & negligentiæ ſuæ pœnam luere, ut confeſſioni ſuæ litteris teſtatæ omnimodo ſtare, & confeſſam pecuniam ſolvere cogatur, quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum reſponſum eſto. Ultimum argumentum eſt ἐκ τῶν ἀντιστρεφόντων quod in eos ipſos, qui illud proferunt, retorqueri poteſt hoc modo: Quod biennium confeſſo tribuit, id lapſus biennii ei totum adimit; atqui biennium ei tribuit, non immunitatem duntaxat probationis, verùm etiam & maximè exceptionem ipſam non numeratæ pecuniæ: ergo lapſus biennii utrumque adimit, quod & expreſſum in *d. ll.* 8. 9. 10. & 14. *C. de non num. pec.* quanquam nec argumentum à contrario ſenſu contra textus expreſſos procedere no-

tum est, præf. Everh. *in op. leg. loc.* 82. *n.* 4. *pr.* Planè si debitor neget suam esse scripturam, aut dolosè inductum dicat, coactumve vi, ut confiteretur, aut dicis tantùm causa numerationem intervenisse, cum aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere nemo est qui negat, *vid.* Joan. Fab. Wesemb. *ad tit. Inst. de lit. oblig.* Tulden. *ibid. c.* 3. Duar. *ad tit. C. de non num. pecun. c.* 4. Donell. *ad l.* 8. *ejusd. tit.* Fachin. 2. *contr.* 81. Gudel. *lib.* 3. *de jur. novis. c.* 6. Zanger. *p.* 3. *c. except. c.* 14. *n.* 55. *& seqq.* Cæterùm usu forensi recepta est communis Glossæ, Bartoli & aliorum sententia, contendentium etiam post biennium audiendum esse debitorem, modo ipse paratus sit ostendere, pecuniam sibi numeratam non esse, lapsumque biennii creditori tantùm prodesse ad translationem oneris probandi in debitorem. Gomez. 2. *resol.* 6. *n.* 7. Moz. *de contr. tit. de mut. num.* 8. Zanger. *ubi sup. num.* 66. Ant. Fab. *C. suo for. de non num. pecun. defin.* 1. Christin. *vol.* 3. *decis.* 37. Sande *lib.* 3. *tit.* 2. *defin.* 1. In Gallia & plerisque Belgii provinciis, non est melior conditio cautionis pecuniæ creditæ, quàm cæterarum cautionum, agnoscentique chirographum suum, & excipienti de pecunia non numerata, hujus exceptionis probatio tam ante, quàm post biennium imponitur, & præterea fiduciaria pecuniæ petitæ consignatio. Hoc obiter. *vid.* Christin. *ubi sup.* Gudelin. *d. c.* 6. *in fin.* Imbert. 1. *Inst. for. c.* 35. Cyprian. *cens. Belg. ad tit. Inst. de lit. oblig.* Grœnew. *de ll. abrog. ad tit. C. de non num. pec.* & ibi citat.

CAPUT XLII.

An jusjurandum judiciale recusari possit delatum ab actore, qui nihil probavit?

NOtum est, tria esse jurisjurandi genera litis & controversiæ decidendæ gratia comparata, voluntarium, necessarium & judiciale, his enim nominibus distinguuntur in *rubr. ff. de jurejur. & C. ult. ext. eod.* Voluntarium est, quod ex conventione à parte parti defertur extra judicium, id est ante cœptum judicium sive ante litem contestatam, *l. jusjurandum* 17. *pr. ff. d. tit.* Dictum autem est voluntarium, quia ex voluntate litigantium totum pendet, & ab initio vel suscipi vel non suscipi potest, nec is, cui delatum est, illud referre, nec is, qui detulit, si id ei ab adversario referatur, jurare habet necesse, *d. l. jusjurandum.* Itaque huc non pertinet regula, *l. manifestæ* 38. *ff. eod.* ex susceptione autem, quod ab initio erat voluntarium, jam necessarium fit, Beuster. *ad Rubr. eod. n.* 54. *& seqq.* Borcholt. *tract. de jurejur. c.* 7. *n.* 2. Jusjurandum necessarium est, quod in judicio propter inopiam probationum, causis dubiis uni ex litigatoribus à judice defertur altero invito, *l. admonendi* 31. *ff. de jurejur. l.* 3. *C. de reb. cred.* quod sic appellatur, 1. respectu causæ, quæ aliter expediri nequit propter inopiam probationum, 2. respectu personæ cui id defertur, quia id subire cogitur, aut pati contra se sententiam ferri, 3. respectu ipsius judicis: eo quod vel quando non defert, vel sine causa defert, litem suam facit, Marant. *spec. p.* 6. *act.* 9. *de jur. n.* 2. alias suppletorium dicitur, & generali appellatione jurisjurandi judicialis quoque continetur, *l. pen. pr.* §. 1. *&* 2. *C. de reb. cred.* Jusjurandum judiciale est quod in judicio seu lite jam contestata defertur, vel ab ipso judice postulante uno ex litigatoribus, vel ab uno litigatore alteri præsente & approbante judice, *l.* 1. *l. jusjurandum* 34. §. *ait prætor* 6. *l. tutor.* 35. *l. manifestæ* 38. *ff. de jurejur. l. delata,* 9. *l. pen. C. de reb. cred.* Hoc jusjurandum in specie judiciale dicitur, estque generis mixti: nam si deferentem spectamus, voluntarium est: si eum, cui defertur, ex parte necessarium: necessitas in eo, quod saltem referre cogitur; quin & qui semel detulit, referente adversario ipse jurare debet, aut pati sententiam pro adversario ferri *d. l. jusjurandum,* 34. §. *datur.* 7. *d. l. manifestæ,* 38. *ff. de jurejur.* Ad hoc autem postremum genus solum quæstio hîc proposita pertinet. Illud igitur quæritur, an actor, qui nihil probavit, & nulla præsumptione juris adjuvatur, possit reo deferre jusjurandum judiciale eo effectu, ut nisi reus juret, aut jusjurandum referat, sententia Judicis sit condemnandus? Negant *Glos. in l.* 3. *C. de reb. cred.* Bart. Bald. Salic. Abb. & alii quos refert Mascard. *de prob. vol.* 2. *conclus.* 937. *n.* 7. Hartm. *obs. pract. tit.* 13. *obs.* 3. Ant. Fab. *Cod. suo for. tit. de reb. cred. defin.* 23. Caroc. *de juram. lit. decis. q.* 1. *principali,* ubi *n.* 4. hanc opinionem ait magis esse communem. Argumenta, quæ asserendæ huic opinioni afferuntur, hæc ferè sunt. 1. Actor & reus ad imparia obligari non possunt. At reus actore intentionem suam probante condemnatur, ita ut ei non liceat actorem ad juramentum provocare, *c.* 2. *ext. de probat.* Ergo ex contrario actore non probante reus absolvendus erit, etsi non juret, etsi nihil ipse præstet, ut est in *l.* 4. *C. de edend.* 2. Non sunt petendæ probationes de domo aut è sinu rei, *l. nimis grave* 7. *C. de testib.* sed quicumque judicio agere cum aliquo instituit, eum oportet propriis allatis probationibus reum convincere, *l.* 9. *C.*

de oblig. & act. in quo si defecerit, is qui convenitur, obtinere debet, quamvis nihil ipse præstiterit, & consequenter quamvis non juret, *d. l.* 4. *C. de edend.* Non probat autem qui jusjurandum defert, sed ille potius, cui defertur, & qui illud præstat. 3. Si jusjur. judiciale reo invito deferri posset ab actore nullas alias probationes afferente, quicumque cogitabat non posse se extra judicium jusjurandum invito deferre, causam dolo malo in judicium deducere poterit; atque ita pro arbitrio molestiam creare adversario ei deferendo jusjurandum judiciale. 4. Pro firmamento hujus opinionis adducuntur loci aliquot ex utroque jure, nempe *c. ult. pr. & §.* 1. *ext. de jurejur. l. antepenul. & l. pen. C. de reb. cred. l. eos qui* 26. *§. ult. C. de usur. l. admonendi* 31. *ff. de jurejur.* Cæterùm ego contrariam sententiam sequi malo, nimirum jure publico permissum esse actori, etiamsi nihil probaverit, reo deferre jusjurandum judiciale, qui id aut subire, aut referre cogatur, recusantem autem sine justa causa pro confesso & convicto habendum atque à judice condemnandum esse; quæ & communis & recepta sententia est, *testib.* Rod. Suarez *in l.* 4. *fori tit. de juram. num.* 6. *& seqq.* ubi allegat Cast. Aug. Alex. & Alber. & alios. Schneid. *in §. item si* 11. post Jason *Instit. de action. num.* 21. Gilken. *ad l.* 3. *C. de reb. cred. num.* 7. Fachin. 1. *cont.* 19. Cujac. 22. *obs.* 28. Duar. *in prior. comm. de jurejur. c.* 6. *& in posterior. c.* 3. Donell. *ad tit. de jurejur. c.* 12. *n. pen. & ult.* Christ. *vol.* 3. *decis.* 1. *num.* 2. & ibi citati Osascus & Thesaur. pluresque alii apud Mascard. *de probat. vol.* 2. *conclus.* 957. *n.* 9. Et secundùm hanc sententiam memini me ex facto consultum bis terve respondisse: nec alitèr potui, cum tot sint in hanc rem loci clari & perspicui *l. tutor.* 35. *pr. ff. jurejur.* ibi *omnibus probationibus aliis deficientibus*, *l. cum de indebito* 25. *§. pen. ff. de probat.* ubi ei, cui onus probationis incumbit, licentia conceditur adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre absque ulla distinctione *l. pen. pr. C. de reb. cred.* ibi *vel in principio litis.* Ergo & quo tempore nihil dum probatum est, *l. ult. §. licentia* 10. *C. de jur. delib.* ibi *vel per sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint.* Edictum quoque prætoris indistinctè loquitur *l. jusjurandum* 34. *§. ait prætor.* 6. *ff. de jurejur.* ut & *Impr. in l.* 9. *C. de reb. cred.* denique & generalis est definitio Pauli in *l. manifestæ* 38. *ff. eod. ad d. l. ult. C. de fideicomm.* Ratio hujus sententiæ hæc est, ut actor, cum omnes ei deficiunt probationes aliæ, saltem metu divini numinis extorqueat veritatem adversario: & secundùm hoc rectè Donatus in Hecyra Terentii, *ubi*, inquit, *argumenta & testimonia deficiunt, jurejurando opus est.* Juri quoque divino hæc sententia optimè convenit. *Exod. cap.* 12. *vers.* 10. *&* 11. qui locus clarè ostendit, ubi hominum desunt testimonia, ad Deum testem posse provocari, præsertim quandò afferendum est, quod in conscientia latet: quo respiciens Apostolus *epist. ad Hebræos c.* 6. *vers.* 16. πᾶσις, inquit ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ὁ ὅρκος, nec ulla hîc prætexi potest jurisjurandi recusandi causa, nisi metus perjurii, eo quod recusans sibi conscius sit se, quod petitur, debere.

Ad primúm contrariæ sententiæ argumentum respondeo, esse illud à dissimili: nam cum actor instrumentis aut testibus intentionem suam legitimè probavit, & de jure suo plenè docuit, jam causa est satis liquida, ut non oporteat eum onerari superfluo jurejurando: at nulla facta probatione contendente actore sibi deberi, reoque id negante res est dubia, atque adhuc decidenda, & quia deficit probatio ordinaria confugiendum ad subsidiariam illato jurejurando. Ad secundum respondeo, tantùm abesse, ut actor, qui probationibus destitutus reo jusjurandum defert probationes de domo rei sumat, onusve probandi ei imponat, ut etiam eum ipsum testem & judicem in propria causa faciat, *l. ult. C. de fideicomm.* & qui ob id, si jurare recuset, meritò habendus sit pro confitente se malam causam habere *l. manifestæ* 38. *ff. de jurejur.* Diod. Tulden. *in Cod. tit. de reb. cred. n.* 4. Ad tertium, incommodo quod hîc objicitur, occurri posse juramento calumniæ. Notum enim est, eum qui jusjurandum de lite detulit, adversario postulante de calumnia jurare debere, id est, se non calumniandi seu vexandi, aut adversarium religione urendi animo jusjurandum deferre; sed quia ita uti dicit, se rem habere sibi planè persuasum sit, *l. jusjurandum*, 54. *§.* 4. *ff. ei d. l. ult. C. de fideicomm. l.* 9. *C. de reb. cred.* Neque hæc jurisjurandi de calumnia species, quamvis rarior hodiè usus sit, prorsùs exolevit, ut generale illud, quod in exordio litis ab utroque litigatore jure communi præstandum est, de quo *text. in l.* 2. *in fin. pr. C. de jurejur. propr. cal. §.* 1. *Inst. de pœn. tem. litig.* sed si exigatur, adhuc præstandum juxtà *d. l.* 34. *§.* 4. Wesemb. *par. ff. de jurejur. num.* 9. Damhoud. *prax. civ. c.* 151. Merul. *lib.* 4. *distinct.* 4. *sect.* 3. *tit.* 8. Grœnew. *tract. de ll. abrog. ad tit. Inst. de pœn. tem. litig.* Ad locos qui in contrarium adducuntur, facilis responsio est. In *c. ult. pr. ext. de jurejur.* hoc dicitur, juramentum quod in judicio à parte parti defertur, recusari posse licitè ac referri. Quis verò negat posse recusari, dummodò simul referatur? Manifesta hîc committitur fallacia compositionis & divisionis, dum disjunguntur ea, quæ illic requiruntur

conjunctim. Etiam sine causa recusari potest à referente; recusari autem simpliciter sine justa causa non potest. In §. 1. *ejusd. cap.* loquitur Gregorius de Juramento purgationis & suppletorio seu necessario à Judice inspectis personarum & causæ circumstantiis deferendo, quorum neutrum huc pertinet. Sic etiam Jurisconsultus in *l. admonendi* 31. *ff. de jurejur.* expressè agit de Jurejurando, quod à judice in dubiis causis uni è litigatoribus defertur, id est suppletorio. In *l. eos qui* 26. *§. ult. C. de usur.* Justinianus de Juramento purgationis deferendo ei, qui suspectus erat de exercitione fœnoris. Quod autem idem Imperator sancit in *l. si quis* 11. *c. de reb. cred.* ne ille, qui primò jusjurandum detulit, id postea antequam præstitum esset, revocavit, dum existimat se posse probare, quod intendit, ne inquam ille possit mutato iterum consilio ad jusjurandum recurrere, id contrariæ sententiæ assertores minimè juvat, quin confutat potius. Tralatitium enim est, cessante ratione legis & ipsam cessare legem. At Justinianus hanc illius suæ constitutionis rationem dat, quia absurdum sit redire ad hoc, cui renuntiandum putavisti, & cùm de alia probatione desperasti, tunc denuo ad religionem convolare. Ergo si quis ante jusjurandum non detulit, apertè cessat constitutio: neque enim revocasse intelligi potest, qui prius non detulit, nec denuo ad jusjurandum convolare, qui nunc primum defert. Ex *l. pen.* §. 2. *C. eod.* nihil aliud elici potest, quàm quod ubi dubitatur utrum jusjurandum rectè delatum sit, nec ne possit quidem de facto recusari; sed an jure recusatum sit, judex despicere debeat: veluti si delatum sit de re ignota, de facto alieno, cujus ignorantiam prætexat is, cui delatum est, &c. Quid ergo, an non manifestè huic sententiæ adversatur regula in *l.* 4. *C. de edend.* qui tam disertè actore non probante reum obtinere vult, etsi nihil ipse præstat? Nullo vero modo, quia neque ad actorem jusjurandum deferentem ea regula pertinet, quoniam de actore non probante loquitur: at delatio jurisjurandi ita actori jure tributa est, ut adversario nolente jurare, pro justa probatione ei cedat, neque ad reum confitentem, at qui jusjurandum subire recusat, habetur pro confitente, *l. manifeste* 38. *ff. de jurejur.* Planè si reus non utatur simplici inficiatione negando intentionem actoris, sed exceptione se defendat, eamque probare paratus sit, necessitate juramenti delati vel referendi vel præstandi absolvendus erit. Idemque dicendum est, si dicat se solvisse: cum utroque hoc casu reo incumbat probatio, atque ordinario legitimæ probationis medio veritas erui possit. Et hic locum habet, quod aiunt posse paratum probare perjurii evitare suspicionem; at simplicis & puræ negationis nulla est per rerum naturam probatio, *l. actor.* 23. *C. de probat.* & major metus est perjurii, cum actor, ubi jam aliquid probavit jusjurandum defert, quàm ubi nihil: minor ubi nulla adversus reum præsumptio, quàm ubi aliqua, Tulden. *ubi sup. n.* 5.

CAPUT XLIII.

An jusjurandum necessarium sive suppletorium judex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri aut recusari possit?

Jusjurandum necessarium seu suppletorium appellamus, quod propter inopiam probationis in causis dubiis uni ex litigatoribus à judice defertur altero invito; de quo loquuntur textus in *l. admonendi* 31. *ff. de jurejur.* *l.* 3. *l.* 12. *C. de reb. cred.* & putamus necessarii nomen inde accepisse, tum quod judex illud deferre cogitur, tum quod is cui delatum est, id subire necesse habet, tum quod nec remitti à judice, nec referri ab eo, cui delatum est, possit? & denique quia sine hoc jurejurando res expediri non potest ob probationum inopiam, unde & nomen suppletorii. Non omnes tamen hæ rationes ab omnibus admittuntur. Nam Donellus *cap.* 11. *de jurejur. num.* 8. quem secutus est Treutlerus *disp. de jurejur. th.* 10. negant posse cogi judicem, ut hoc jusjurandum deferat, *arg. d. l. admonendi ff. de jurejur.* in verb. *Solent enim sæpe judices, &c.* & quia ubi actor non plenè probat, judex vel absolvere reum potest juxta *l.* 4. *C. de edend. junct. l.* 9. *C. de testib.* vel saltem ipso reo jusjurandum referre, per *l.* 3. *C. de reb. cred.* & vulgatum illud non quidquid potestati judicis permittitur, illud continuò subjicitur necessitati juris, *l. non quidquid* 40. *ff. de judic.* Cæterum contrarium verius esse, nempe Judicem necesse habere hoc jusjurandum deferre evidenter arguunt verba *d. l.* 3. *C. de reb. cred.* *per judicem jurejurando causa cognita rem decidi oportet*, quibus sanè verbis necessitati juris hoc subjicitur, non liberæ potestati permittitur. Et ratio manifesta est, quia aliter in re dubia causa decidere. Judex non potest, nisi interveniente jurejurando. Unde dicitur hoc esse maximum remedium expediendarum litium, *l.* 1. *ff. de jurejur.* Pertinet ergo hoc ad officium judicis, & officii ratio hoc ei imponit. Debet enim judex

de qua se semel cognoscère cœpit, de eadem etiam pronuntiare, & controversiæ finem imponere, *l. de qua re* 74. *ff. de judic. l.* 1. *ff. de re judic.* Non obstat verbum *solent*, quo utitur Jurisconsultus in *d. l. admonendi*, id enim necessitatis significationem illic habet: nempe quia id ex officio & necessitate facere judex solet: & quidem, ut opinor, ex officio, ut loquuntur, mercenario, quod actioni institutæ inservit. Sic dicimus, non solet deterior fieri conditio eorum, qui litem contestati sunt *l. non solet* 86. *ff. de reg. juris.* non solent, quæ abundant, vitiare scripturas, &c. *l. non solent.* 94. *eod.* nempe quia nec debent. Atque hæc etiam videtur communis & recepta opinio, ut videlicet nisi deferat judex eo casu, quo oportet aut solet, appellationi sit locus. Sichard. *ad rubr. C. de probat. num* 7. Cyn. *in d. l.* 3. *C. de reb. cred. num* 7. Salic. *ibidem num.* 5. Bart. *in d. l. admonendi num.* 59. Beuster, *num.* 119. Quod verò Donellus ait, ubi actor non plenè intentionem suam probavit, posse judicem reum absolvere, vel ipsi reo jusjurandum deferre, id ei simpliciter concedendum non esse iis, quæ proximo capite disputantur, perspicuè apparebit. Remitti hoc jusjurandum à judice non posse, ita ut secundùm eum, qui remisit, judicet, sed re ipsa jurari oportere, satis probat textus in *d. l.* 3. *C. de reb. cred.* ibi, *decidi jurejurando rem oportet*, & textus in *d. l. admonendi* 31. *ff. de jurejur.* ibi, *secundùm eum qui juraverit.* Et ratio minimè obscura est, nempe quia judex non est dominus litis, sed adversarius, qui ob id solus delati gratiam facere potest eo effectu, ut pro præstito habeatur, ut bene DD. vulgo. At revocare delatum quin judex possit non dubito, si forte postea suspicio inciderit, fore, ut pejeret is, cui delatum est; aut si post delationem competerit causam alterius meliore jure niti: cæterum revocatum non habebitur pro præstito. Satis quoque exploratum est, recusari delatum non posse, nisi recusans velit contra se sententiam ferri: excepto si forte deferatur de re ignota, veluti si deferatur hæredi de facto defuncti; nemo enim cogitur in facto alieno anceps perjurium subire, *l.* 4. *pr. ff. de in lit. jur. l.* 34. *§.* 3. *de jurejur. l.* 11. *§.* 2. *ff. de act. rer. amot.* Atque hanc causam puto significari in *c. ult. ext. de jurejur.* vel si à profano judice deferatur illicitum, iisve verbis conceptum, in quæ vir bonus salva pietate & bona conscientia jurare non potest, per *l.* 5. *§.* 3. *ff. de jurejur.* Sed & actori, qui intentionem suam instrumentis aut testibus plenè probavit, delatum, aut delatum reo, ubi ab actore nihil probatum rectè recusabitur; aut si posteriore casu deferatur, actori poterit reus appellare. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 4. *tit.* 24. *c.* 1. *n.* 8. *& seqq.* An referri possit, quæsitum est? Dubitat Accursius in *l.* 12. *§.* 1. *C. de reb. cred.* Negat Donellus *d. l.* 9. *C. de reb. cred. n.* 18. *& seqq. item* Borcholt. *c.* 7. *de jurejur. num.* 9. Mynsing. *ad rub. ext. de probat.* Affirmabat Ant. Faber, *dec.* 19. *err.* 7. quem sequitur vir clarissimus collega quondam meus D. Petrus Cunæus in *paratit. manuscript.* Fatentur quidem illi propriè ei, qui detulit, referri jusjurandum dici, nec judici, qui detulit, referri posse. Sed tamen existimant posse eum cui judex detulit, illud rejicere in adversarium suum, *urg. d. l.* 12. *§.* 1. *C. de reb. cred.* cùm illi Justinianus expressè dicat aut præstandum esse juramentum, aut referendum, sive pars parti in judicio, sive judex parti detulerit: cui sententiæ hoc consequens est, si judex ob semiplenam probationem hoc jusjurandum deferat, licere hoc casu parti, cui delatum est, in alteram partem id rejicere. Sed resistit ipsa verbi *referre* significatio. Refertur enim unde illatum est. Quod si delatum non ex necessitate suscipiendum sit, sed referri possit, cur magis hoc jusjurandum necessarium nuncupemus, quàm judiciale, causam nullam video. Fatemur verba Just. in *d. l.* 12. §. 1. valdè obscuram habere sententiam, & agnoscimus hiulcum illud & molestum dicendi genus Triboniano familiare: sed tamen, ut concedamus verba illa *vel ex auctoritate judicii cuicumque parti illatum*, &c. de necessario accipi debere: tamen quod eodem loco mox subjicitur de relatione, id ad jusjurandum judiciale duntaxat pertinere omnino existimamus: sic ut singula singulis respondeant hoc modo, cui à judice defertur, is præcisè jurare debet, cui à parte, jurare vel referre. Argumento est, quod necessitas præstandi relatum non indistinctè utroque casu utrique imponitur, sed uno casu tantùm, & ei cui jure refertur, qui scilicet ipse ante detulit: atque in hunc solum quadrat ratio, qua §. 1. *d. l.* 12. clauditur. *Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his quæ ipse facienda procuravit.*

CAP,

CAPUT XLIV.

Quando & quibus in causis à judice deferri possit aut debeat jusjurandum necessarium seu suppletorium?

POtestas Judicis in deferendo juramento suppletorio tribus conditionibus circumscribitur, ut deferat in probationem inopia, in causis dubiis, & causa cognita, *l.* 3. *C. de reb. cred. & jurejur. l. admonendi* 13. *ff. de jurejur.* Primum igitur necesse est, ut causa laboret inopia probationum: nam probationibus suppetentibus, aut supervacuum est hoc jusjurandum, si deferatur actori: quia & sine jurejurando satis probatum, ut secundùm eum debeat judicari; aut iniquum, si deferatur reo, quippe quem convictum condemnari oportet juxta formam juris, *l. negantes* 9. *C. de obl. & act.* Deindè ut deferatur non in quavis inopia, sed in causis dubiis duntaxat. Dubias autem causas definio non eas, in quibus pares utrinque probationes sunt: (tunc enim reum absolvi oportet, *c. ex litteris* §. *ult. ext. de probat. c. inter dilectos* 6. *ext. de fid. instrum. arg. l. inter pares* 38. *ff. de re jud. l. Arianus* 47. *ff. de obl. & act. cum simil.*) sed eas in quibus judex dubius est ob minus plenas probationes allatas, puta si actor unum inculpatum testem omnique exceptione majorem proferat, poterit ei juramentum suppletorium deferri: ac tales casus plures occurrere possunt: ita DD. *comm. in d. l. admonendi & d. l.* 3. Wes. *par. de jurejur. n.* 10. & hæc sententia in omnibus curiis recepta, eamque hodie sequimur; Costal. *in d. l. admonendi*, Merul *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 4. *tit.* 23. *c.* 1. Ab hac tamen sententia quasi juri Justinianeo minùs consentanea, recedunt Duar. *lib.* 2. *disput* 33. Donell. *de jurejur. c.* 11. *num.* 4. Ant. Fab. 19. *conj.* 1. Bronch. 2. *assert.* 93. contendentes dubias causas intelligi eas, in quibus par est utrinque & plena probatio, atque isto demùm casu locum habere, quod de jurejurando suppletorio sive necessario deferendo præciditur. Sed hæc potiùs illorum opinio juri nostro minùs consentanea, imo planè non convenire videtur. Neque enim potest dici causa laborare inopia probationum: cum ab utraque parte plenè probatum est: sed tunc actoris probationibus per contrarias rei elisis perindè habendum erit, ac si nihil probatum esset, & reus ut dixi, absolvi debebit, *cap. cum sunt, text. de reg. jur. in* 6. *per l. ubi pugnantia* 188. *ff. eod.* Et verò si, ut illi volunt, ubi actor uno teste probavit, & reus nihil, nihilominùs reus absolvendus sit, multò magis absolvendus erit, ubi ille totidem testes pro se produxit, quot actor, Matth. Wesemb. *cons.* 13. *n.* 3. Nec quod illi regerunt, magni momenti est, nempe alias effici, ut hoc jusjurandum deferri queat, etiam ubi nihil probatum est. Nam primùm tunc non potest dici causa dubia. Deindè aliud est defectus probationum, ubi nullæ suppetunt, aliud inopia, ubi quædam suppetunt, sed ancipites aut minùs idoneæ. Cujac. *lib.* 22. *obs.* 28. *in. fin.* Inopia quippe opponitur copiæ & opibus, & minor est egestate. Sic inopiam frugum, vini, amicorum, inops ærarium, inopem linguam, &c. dicimus, non cùm planè nihil, sed cùm non quantùm satis est suppetit.

Sed expendamus singula quæ huic sententiæ objiciuntur. Sic igitur illi porrò argumentantur in contrarium. Aut probat actor, aut non probat, illo casu vincit sine jurejurando, *l.* 9. *C. de oblig. & act.* hoc casu reus absolvi debet, *l.* 4. *C. de edend.* Respondeo est medium quiddam, cùm scilicet actor neque omninò probat, neque nihil, sed aliquid, & ut loquuntur, semiplenè. Non enim ideo, qui parum probavit, dici debet nihil egisse, propterea quod judex ei penitùs assentiri non debet, *arg. l.* 3. §. 1. *&* 2. *ff. de testib.* Aiunt par esse non probare & non perfectè probare, per *l.* 6. *ff. qui satisd. cog.* & cùm lex exigit probationem, exigere justam & legitimam *l. ult. C. de probat.* Respondeo, ratio hæc obstaret, si semiplenam probationem sufficere diceremus. At nunc contra, quia ea per se non sufficit, sed opinionem duntaxat inducit, ideò dicimus ad suppletorium hoc juramentum judicem recurrere posse & debet. Nimirùm paria quidem ista sunt in eo, quod nec imperfectè probationis ea vis est, ut fidem & assensum mereatur, quia per se inefficax: sed quando alia adminicula accedunt, ut fieri potest, *l.* 5. *l.* 6. *C. de probat.* jam pro perfecta cedit & plenam fidem facit. Instant tamen & aiunt, duo vel plura imperfecta non facere unum perfectum *arg. l. spadonem*, 15. §. *quia jura*, 11. *ff. de excus. tut.* undè colligunt, nec jusjurandum junctum cum semiplena probatione posse efficere probationem plenam. Sed non est novum, ut duo aut plura, quæ per se singula infirma sunt aut inefficacia, juncta simul & coacervata, vires & efficaciam consequantur, verbi causa, unius testis, quamvis omni exceptione majoris, testimonium plenam fidem non facit: sed si ea, quæ dicit

consentiente fama, aliisve veritatis judiciis confirmentur, jam illius testimonium pro plena probatione habendum est, *l. 5. & 6. c. de probat.* Similiter etsi singula pacta per se actionem non producunt, si tamen id quod pacto quis promisit se soluturum pacto item deindè constituat, aut alius pro eo, hîc actio pecuniæ constitutæ jure prætorio in constituentem datur, *l. 1. & tot. tit. ff. de pecun. constit.* Sic etsi neque sponsalia, neque concubitus per se matrimonium efficiunt, si tamen ad sponsalia accedat concubitus, transeunt in matrimonium *c. veniens 15. C. is qui fidem 30. ext. de sponsal.* Et ut favore pupillorum receptum sit, ne duæ aut plures imperfectæ excusationes unam aliquam perfectam efficit: an in nostro tamen casu alius favor est, qui suadet, ut imperfectæ probationes duæ vel plures unam perfectam probationem repræsentent, ne scilicet probationes redigantur in angustum, contra *l. quoniam, in fin. C. de hæred. l. pen. pr. C. de reb. cred. & jurejur.* Sichard. *in l.3. C. d. t. n.12.* Planè ubi non ad probationem tantùm, verùm etiam ad actus solemnitatem & subsistentiam certus numerus testium desideratur, quorum uno deficiente actus fit nullus, ut in testamentis; hîc si pauciores sint adhibiti, juramento suppletorio non est locus. *l. si unus 12. C. de testam.* Salic. *in d. l. 3. num. 16.* Sed fortasse nihil adhuc profecisse videbimur iis, qui clamant vocem unius vocem esse nullius & expressè legibus vetitum esse unius testis, quantacumque dignitate præditus sit, responsionem audiri, *l. jurisjurandi 9. parag. 1. C. de testibus.* Respondemus ne nos quidem hoc dicere, unius testis vocem esse audiendam, id est, credendum esse unius testimonio: credere est plenè assertiri. Potest tamen unius viri honesti & gravis testimonium movere animum judicis, & creare etiam non levem suspicionem. Opponuntur in *l. 3. parag. 2. ff. de testib.* quid aut credat judex, aut parum probatum sibi opinetur. Non ideò tamen qui parùm probavit, nihil egit: licet ob id judex ei credere non debeat seu penitùs assentiri. Sensim ad firmam assensionem pervenitur & quasi per gradus. Plerumque levi primùm suspicione judex movetur; mox etiam vehementiore, qui opinionem inducit, tandem succedit & plena persuasio ac firmus assensus, accedentibus aliis atque aliis veritatis indiciis. Ac planè ut fides & assensus modo plenus & integer, ac firma persuasio; modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adjunctam habente: ita & probatio argumentum faciens judici fidem. Collectio ex Callistrato in *d. l. 3. parag. 1. & 2. ff. testib.* Cùm autem satis constet ex *l. 5. & l. 6. C. de probat.* plures probationes imperfectas, licet diversi generis, jungi & ita junctas firmum assensum mereri posse, necesse est, ut per se quoque singulæ consistant & aliquid operentur. Finge ab actore produci testem unum, hominem spectatæ fidei, eaque, quæ dicit, aliis quibusdam veritatis argumentis confirmari: quamvis singula hæc per se plenam fidem non faciant, aliquam tamen faciunt, & juncta, quod singulis pondere deest, numero supplent. Finge proferri chirographum, quod is adversùs quem profertur, à se scriptum neget, eumque esse hominem vilem & contemptum, cùm is, qui profert, sit vir gravis & integræ existimationis, accedere testem unum omni exceptione majorem, qui pecuniam, quæ ex chirographo petitur, numerari viderit, non poterit non judex moveri, quin opinetur actorem bonam causam habere: sed quia hæc probatio sola & per se plenam fidem non facit, quæ scilicet ad definiendam controversiam & sententiam secundùm eum, qui nihil amplius præstitit, ferendam sufficiat, hîc dicimus, rem ita transigi oportere, ut judex in supplementum ejus, quod ad justam probationem deest, actori jusjurandum deferat, eoque ab actore præstito secundùm eum judicet, *d. l. admonendi & d. l. 3. C. de reb. cred.* Qui hæc negant & superiorem distinctionem non admittunt illi in arguendo laborant petitione principii, postulantes sibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ id quod est in quæstione, quæ manifesta captio est. Quæstio hæc est, an omninò jus præscribat, & percipiat, ne ullum argumentum, aut ulla ratio in judiciis admittatur, nisi ex qua una sola perfecta rei gestæ fides adstruatur? Si hoc verum est, non aliæ rationes in judiciis admitti atque à judice audiri debent, quàm quæ seorsum per se singulæ sunt quasi apodicticæ; non alia instrumenta, quàm ubi per se quodvis sufficienter probat, eamdemque fidem judici facit, quæ moveri eum possit ad sententiam secundùm eum, qui istud profert, ferendam: at consequens hoc falsum esse suprà satis demonstratum est ex *l. 5. & l. 6. C. de probat.*

Tertia conditio, qua potestas judicis in deferendo jurejurando suppletorio limitatur, est ut id deferat causa cognita, *l. 3. C. de reb. cred.* Hoc autem nihil aliud est, quàm ut judex ei deferat, cui deferri ob justas causas æquius esse videbitur; non enim statim v. c. actori qui ad probationem aliquid attulit, deferri debet, sed inspiciendæ priùs personarum & causæ circumstantiæ, *c. ut. ext. de jurejur.* Itaque nihil meo judicio præcisè hîc definiendum: sed multa examinanda sunt, priùsquam ad delationem hujus jurisjurandi perveniatur; in primis fides cujusque & conditio personæ, qualitas & pondus rei de qua agitur, testium item, qui producuntur, prudentia, denique

& probationis modus: ac demum his rebus bene exploratis judex ex animi sui sententia æstimabit, an jusjurandum & utri deferri debeat. Perniciosè igitur errant judices, qui hoc jusjurandum passim & sine delectu deferunt, de quo queritur. Joan. Oldendorp. in *tractact. de probat.* Quædam etiam causæ sunt, in quibus hoc jusjurandum locum non habere tradunt DD. cujusmodi sunt causæ criminales, utpote in quibus probationes non tantùm pleræ esse debent, sed etiam luce meridiana clariores, *l. ult. in fin. C. de probat.* nec admittendæ propter inopiam aliarum probationes præsumptivæ, qualis est probatio per juramentum, *l. 5. pr. ff. de pœn. l. antepen. ff. de quæst.* Sichard. *in l. 3. C. de reb. cred. n.* 5. Gail. 2. *observ.* 94. *n.* 3. Mynsing. 2. *observ.* 17. Fachin. 1. *cont.* 25. Costal. *ad l. 3. ff. de jurejur.* Diod. Tulden. *in C. de reb. cred. num. 9.* quanquam hîc reus interdum admittitur ad jusjurandum purgationis. *Novell.* 124. *c.* 2. unde *auth. novo jure C. de pœn. jud. qui mal. jud. c.* 5. *& ult. de purg. cau. c. 1. ext. de confess.* Item causæ matrimoniales, Gail. *d. loc.* Covar. *de matrim. p.* 1. *c.* 4. §. 1. *n.* 8. Item causæ civiles arduæ & magnæ quantitatis, Sichard. *d. loc. n.* 8. Gail. 1. *observ.* 108. *n.* 11. Mynsing. 1. *observ.* 68. in quibus tamen, si plus quàm semiplenè probatum est, huic jurijurando locum esse volunt, puta si cùm semiplena probatione concurrat aliqua suspicio aut conjectura, Gail. *d. loc. decis.* 57. *Cur. Holland.*

CAPUT XLV.

An Judex possit ab initio modum statuere jurijurando in litem, & an ex causa possit id non sequi vel à principio non deferre?

Est genus aliquod jurisjurandi, quod ob dolum, contumaciam, aut culpam rei soli defertur actori, & à nostris jusjurandum in litem appellatur. Hujus autem duæ sunt species, quarum alteram jusjurandum affectionis, alteram veritatis interpretes appellant. Affectionis jusjurandum est, quo actor jurat, quanti rem æstimet ex affectione, quo sæpè verum rei pretium excedit, *l. 1. l. 8. ff. de in lit. jur.* veritatis, quo jurat actor, quanti rem æstimet ex vero, seu quanti verè ipsius intersit, omni affectione semota, *l. 2. §. 1. ff. eod.* Prius in specie vocatur in litem; quanquam & posterius sic appellatur, *l. 5. §. ult. cum l. seq. ff. eod.* Utrumque defertur à solo judice *l. 4. §. 1. ff. eod.* Posterius etiam in strictis judiciis defertur, re post moram aut culpa debitoris perempta, *d. l. 5. §. ult. & l. seqq.* Prius tantùm in judiciis arbitrariis & bonæ fidei, ob dolum, aut contumaciam non restituentis aut exhibentis *d. l. 5. pr. & §. 3. l. 8. eod. l. 3. §. 2. ff. commod. l. qui restituere 98. ff. de rei vind. cum similib.* Ad hoc posterius, videlicet jusjurandum affectionis pertinet, quod legimus, licere actori in infinitum jurare; atque id etiam judicem sequi debere, *l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur. d. l. qui restituere §. 1. de rei vind.* nec potest dici pejerasse, qui ex affectu jurejurando rem æstimat, quia de arbitrio suo & affectu juravit, non de vero pretio. In infinitum autem idem valet, quod in immensum, ut id postea in *d. l. 4. §. 2.* explicat Ulpianus, id est, etiam in eam summam, quæ longè rei pretium ac penè modum in eo excedat; dum tamen certa summa dicatur, ad quam lis æstimetur, hæc enim istorum locorum sententia est, nempe quia legibus, quibus de hoc jurejurando cautum est, certa quantitas ad quam usque juretur, non est definita; ideo necesse non esse, ut jurans hîc servet certum aliquem in jurando modum, sed posse eum ex affectione pro arbitrio suo rem æstimare, & in eo affectioni suæ etiam immodicè indulgere. Eodem sensu Justinianus in §. *& unum 4. Inst. de hæred. instit.* dicit posse testatorem in infinitùm quotquot velit hæredes instituere. In infinitum, id est, εἰς ἀπέραντον ut infinitum istic accipiatur pro indefinito incertoque hæredum numero. Porrò tria de hoc jurejurando inter alia in dubium vocantur. 1. an Judex possit ab initio modum huic jurijurando statuere, ad quem usque juretur. 2. an possit aliquando Judex id non sequi. 3. an possit in totum non deferre. Negat hæc omnia Ant. Faber 16. *conject.* 17. *& dec.* 18. *err.* 10. contendens nec ab initio taxationem, nec postea diminutionem aut absolutionem judici apud veteres permissam fuisse: imo nec ab initio non deferendi licentiam. Nos autem constanter dicimus posse atque olim etiam potuisse judicem taxationem huic jurijurando adjicere; posse & potuisse jusjurandum non sequi, sed vel minoris reum condemnare, vel etiam prorsus absolvere; denique posse & potuisse id à principio non deferre. Ad hoc autem probandum non est necesse uti argumentis longè petitis: loci in medio positi sunt veterum Jurisconsultorum Ulpiani, Marciani & Pauli, quibus idem illi, quod nos & tantùm non iisdem verbis pronuntiant. Et quod ad primum attinet Ulpianus in *l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur.* quærit, an judex modum jurisjurando statuere possit, ut

intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione juretur in immensum: & respondet etiam hoc arbitrio bonæ fidei judicis congruere Marcianus in *l.* 5. §. 1. *ff. eod.* potest, inquit, judex præfinire certam summam, usque ad quam juretur. In *l.* 3. §. 1. *ff. ad exhib.* Ulpianus ait in actione ad exhibendum notandum esse, quòd reus contumax per in litem jusjurandum petitionis damnari ei possit, judice quantitatem taxante. Paulus in *l. arbitrio* 18. *pr. ff. de dol. mal.* ait posse per contumaciam suam tanti reum condemnari, quanti actor in litem juraverit, sed officio judicis debere in utraque actione (de dolo scilicet, & quod metus causâ) taxatione jusjurandum refrænari. Ex iisdem locis simul intelligimus, jurare quidem in infinitum, seu in eam summam, quæ pretium rei longè excedat licere, atque id quoque judicem sequi, sed tunc cùm taxatio jurijurando adjecta non est: cæterùm si judex certam summam præfiniverit, ad quam usque juretur, tum ultra jurare non licere. Non obstat, *l. qui restituere* 68. *vers. si vero non potest, ff. de rei vind.* quoniam verba illa Jurisconsulti, *sine ulla taxatione*, minimè referenda sunt ad vocem *damnandus*, sed construenda & conjungenda cum verbo *juraverit*, ut in ipso textu: ut sit sensus, cùm juravit nulla taxatione à judice præfinita, id judex sequi debet. Sed & si judex modum jurijurando non statuerit, aut intra modum statutum juratum sit, potest tamen jusjurandum non sequi, & vel minoris reum condemnare, vel prorsus absolvere: utique ex magna causa & postea repertis probationibus: verba sunt Ulpiani in *d. l.* 4. §. 3. & est arg. in *l. admonendi* 31. *ff. de jurejur.* Magna causa est, veluti si doceatur reum non desiisse dolo possidere; aut petitorem non esse dominum fundi, aut pro parte non esse, aut partem duntaxat à reo per contumaciam non esse restitutam, atque hic locum habet, quod Jurisconsultus ait, posse judicem vel minoris reum condemnare, vel prorsus absolvere. Nec quicquam mutat, *auth. post jusjurand. C. de judic.* ubi non agitur de jurejurando affectionis, sed veritatis, quo impensæ litis à victore æstimantur. *Gloss. ibidem.* Quod si ex novis instrumentis hoc jusjurandum retractari potest, poterit etiam ab eo appellari. Est enim hoc jusjurandum in hujusmodi casibus simile necessario seu suppletorio, quia utrumque judex, non pars parti defert, & defert altera parte invita. Fac. *l. ult.* §. 1. *ff. de appellat.* Duar. *ad l.* 5. *ff. de in lit. jur.* quanquam in aliis propriis accedit ad voluntarium, quoniam actoris causa comparatum est, qui idcirco id impunè recusare potest, si de vera æstimatione probare velit, ut rectè Bartolus ad *l. ult. ff. de in lit. jur.* Borcholt. *tr. de in lit. jur. C.* 3. *n.* 27. & est in eam rem textus expressus in *l. quod si possessor.* 71. *ff. de rei vind.* Quod verò in *l.* 4. *præsc. ff. de in lit. jur.* nominatim de tutoribus & curatoribus refertur, eos ut jurent, cogi non posse, id propter specialis dubii in his personis rationem notandum fuit, quia si recusent jurare, tutelæ vel curæ judicio de damno inde accepto pulsari possunt. Conditio autem in *d. l.* 4. *in fin. pr. si velit.* propria est hujus jurisjurandi, non adolescentis, Borch. *d. tract. de in lit. jur. c.* 3. *n.* 27. *& seqq.* Donell. 26. *comm. c.* 12. Quid igitur est, quod Paulus in *l. ult. ff. eod.* scribit, ex necessitate juris in litem jurari? Respondeo primùm, Paulum non loqui de jurejurando in litem affectionis, sed veritatis. Deinde, Paulum non intelligere necessitatem aliquam juris publici, sed privati, quia cùm æstimatio rei, quæ non extat, difficillimè probari possit, necesse sit actori jurare, nisi eam sibi perire velit. Et denique, sic Paulum loqui respectu judicis, quia judex sine delatione jurisjurandi non potest æstimare rem, quæ non extat, *l.* 5. §. *ult. ff. eod.* Illud autem ineptum est, quod quidam aiunt, in *d. l. ult.* agi de necessitate patiendi delationem jurisjurandi imposita contumaci, non de necessitate imposita ei, cui defertur; nam neque, ut jam diximus, de jurejurando affectionis, quod ob solam contumaciam defertur, illic agitur; neque verbis Jurisconsulti, qui ex necessitate juris in litem juravit, talem sensum affingent, qui Latinè sciunt, ille jurat necessitate juris, id est, alter eum jurantem pati debet. Quemadmodum autem judex modum jurijurando statuere potest, ita & potest ab initio in totum non deferre: imo propterea quod judici licet in totum à principio non deferre, ideo & modum jurijurando statuere potest, ne ultra certam quantitatem juretur: ratio & collectio Ulpiani in *d. l* 4. §. 2. item Marciani in *d. l.* 5. §. 1. *ff. eod.* & ibi vulg. DD. Potest ergo judex & taxare quantitatem, in quam juretur; & ideo potest, quia potest in totum jusjurandum non deferre. Movere non debet, quod Ulpianus in *d. l.* 4. §. 1. scribit, judicem oportere hoc jusjurandum deferre; quippe quo hoc tantùm significatur, si quo casu deferendum sit, à judice deferendum esse, non à parte, ad differentiam voluntarii & judicialis. Enimverò non hoc dicimus etiamsi de dolo & contumacia adversarii apertè & liquido constet, esse in potestate Judicis non deferre, sed ubi de eo ambigitur nec satis liquet. Nam quæ judicis arbitrio permissa, non in meram ejus voluntatem collata intelliguntur, sed commissa viro bono cum necessitate arbitrandi & statuendi, quod sibi æquius & melius videbitur, *arg. l. si sic legatum* 75. *ff. de legat.* 1. Duar. *ad tit. de in lit. jur. n.* 29. Coras. *ad l.* 5.

eod. n. 21. Mirabitur jam fortè aliquis, quid Ant. Fabrum moverit, ut contra tot expressos & claros textus superiora omnia negaverit, neque injuria. Nihil enim ille ad confirmationem opinionis suæ profert præter locos in *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindic. l.* 4. *in præsc. &* §. 1. *l. ult. ff. de in lit. jur.* in quibus tamen nullum ei præsidium esse satis abundèque probavimus: & tamen tam infirmo aut potius nullo auxilio fretus audet alios locos omnes delere aut Triboniano adscribere, quasi in iis ipse sermo Triboniani eluceat. Ait igitur *d. l.* 4. §. 2. à verbis *Sed an judex, &c.* & §. *seq.* item *l.* 3. §. 1. & 2. *ff. de in lit. jur. l. arbitrio* 18. *pr. vers. sed officio ff. de dol. mal.* esse ex emblematis & additamentis Triboniani, taxationemque istam ignotam veteribus primum à Zenone introductam, *l.* 9. *C. unde vi.* Sed profectò tot illustres, quos modò citavimus, locos ex τ̃ in quibus est tersus & emendatissimus ac genuinus veterum sermo, minimè redolens Tribonianum, Triboniano adscribere nimis temerarium est. Aliter olent catuli, aliter sues. Subactæ in latinitate & legibus Romanis aures facilè verba veterum Jurisconsultorum discernunt à circumducta & molesta oratione Justiniani aut Triboniani. *Legitimumque modum digitis callemus & aure.*

CAPUT XLVI.

An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præscriptis verbis, & condictio ob causam dati?

CONtractuum innominatorum quatuor genera facit Paulus in *l.* 5. *pr. ff. de præs. verb.* do, ut des, do ut facias, facio ut des, facio, ut facias. Ex duobus prioribus duplicem competere actionem constat, præscriptis verbis, & condictionem ob causam dati, quarum alterutra experiri liceat, prout ei, qui dedit, visum fuerit, *d. l.* 5. §. 1. & §. 2. *ff. eod. l.* 7. §. 2. *ff. de pact.* Præscriptis verbis agam, si velim, ut ille, cui dedi, etiam ex sua parte contractum impleat, id est, ut & ipse det vel faciat, quod convenit. Atque hoc casu si non dederit aut fecerit, damnabitur mihi quanti interest mea illud, de quo convenit, datum aut factum esse, etiamsi de re certa danda convenerit, *d. l.* 5. §. 1. 2. & 5. *l.* 4. & 2. *seq. C. de rer. permut.* Quod si is, cui dedi, cesset dare aut facere, & velim meum recipere, hic altera actione experiri mihi licebit, nempe condictione ob causam dati, qua repetam quod datum est, quasi ob rem datam re non secuta, *d. l.* 5. §. 1. & 2. *l.* 7. *ff. de præsc. verb.* Hæc autem actio non est ex contractu innominato, qui verus est contractus, sed quasi ex contractu seu tacita quadam conventione, & extra id quod expressè actum est, nascitur, *l.* 13. *in fin. ff. commod.* Duo enim in utroque hoc articulo, do ut des, do ut facias, aguntur, alterum expressè, ut vicissim des vel facias, quæ conventio efficit contractum innominatum, unde est actio præscriptis verbis in id, quod interest: alterum tacitè, ut si non fiat vel detur, de quo convenit, liceat datum repetere. Atque ex hac quasi tacita conventione & quasi contractu oritur condictio hæc ob causam dati. Ex duobus autem reliquis articulis, nempe facio aut facias, & facio ut des, utraque superior actio non competit: sed ut una tantùm hîc, eaque expressa est conventio, unusque contractus innominatus & verus, ita & una duntaxat ex utroque actio. Tacita conventio hîc nulla aut quasi contractus, ex quo ad repetendum condictio ob causam dati, quia nihil datum, sed factum est: facta autem repeti non possunt, nec infecta per rerum naturam fieri. Quænam igitur actio duobus istis casibus dabitur? Et quidem ex contractu, facio ut facias, datur actio præscriptis verbis, *l.* 3. §. 4. & 5. *l.* 9. *l.* 12. *ff. de præsc. verb.* condictioni autem ob causam dati hic locus esse non potest, propterea quod, ut dixi, facta repeti nequeunt. Ex contractu autem, facio ut des, non alia, quam de dolo dari videtur, *d. l.* 5. §. 3. *l.* 15. §. *fin. ff. eod. l.* 4. *C. de dol.* in cujus specie est contractus facio ut des, quia datio ad factum ordinata pro facto habenda. Neque hîc condictio ob causam dati competit, propter eandem rationem, quia facta repeti aut infecta fieri non possunt. Cur autem ex contractu, facio ut des, non æquè detur actio præscriptis verbis, ac ex reliquis tribus articulis, do ut des, do ut facias, facio ut facias, subtilissimæ disquisitionis est: nec videtur esse perpetuum, *d. l.* 15. *l. si tibi* 22. *ff. de præsc. verb. l.* 6. *C. de transact.* Et sane his locis etiam ex contractu, facio ut des, actio præscriptis verbis datur, contra quam disertè Paulus in *d. l.* 3. §. 3. *ff. de præsc. verb.* Non enim possis cum Donell. *tract. de præsc. verb. c.* 10. & *seqq.* Pauli responsum accipere de eo casu, quo is, qui fecit, à contractu recedere cupit, quo casu cùm condictioni locus esse non possit, cùm facta repeti nequeant, in ejus locum succedat actio de dolo: quia in tota illa lege ex professo agitur de actione præscriptis verbis, non de condictione nisi obiter, quippe quæ nec ex conventione expressa aut contractu innomina-

ro nascitur, ad quod tamen genus contractuum tota illa disputatio pertinet. Et Paulum intelligere actionem præscriptis verbis apparet ex §. 2. *in fin. d. l.* 5. ubi cùm actionem in factum civilem, id est, præscriptis verbis ex articulo do ut facias concessisset, mox §. *seq.* 3. subjicit, ex articulo facio ut des, nullam esse civilem actionem, & ideo de dolo dari. Quid quod non nisi ineptè talis casus proponatur, quo quis vult à contractu recedere, ubi nullo modo recedi potest, nec pœnitentiæ datur locus? Verus interpres Azo eumque secutus Accursius in *d. l.* 5. §. 3. & nonnulli tum veterum, tum recentiorum ita distinguendum esse arbitrantur. Cùm aliquod contrahitur synallagma, quod evenit, quoties ab uno aliquid in alium transit, aiunt, ex contractu innominato nasci civilem actionem præscriptis verbis, ut in *l.* 7. §. 2. *ff. de pact. l.* 5. §. 1. *&* 2. *ff. de præscript. verb.* idemque esse, quoties ex facto unius aliquid ad alium, qui dare debet, pervenit, ut quemadmodùm illi ob id factum aliquid abest, ita & huic aliquid adsit, ut in *l. si tibi polienda* 22. *ff. d. tit. l.* 6. *C. de transact.* Nunquam enim jure civili alicui actionem dari ejus rei nomine, quæ ipsi abest, contra eum, cui planè nihil ex eo abest. Itaque cùm in contractu do ut des, item do ut facias, contrahatur συνάλλαγμα seu negotium civile, etiam civilem actionem præscriptis verbis ex utroque nascitur. At in contractu facio ut des geri quidem etiam negotium, ut conventio hîc non sit nuda, sed non semper tale factum intervenire, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod fundamentum sit, συναλλάγματος & actionis civilis; v. c. Stichum servum meum manumisi, ut mihi Pamphilum dares. Indicavi tibi servum tuum fugitivum, ut mihi pro indicio decem dares. Ex priore facto etsi mihi aliquid abest, tibi tamen nihil adest, nullum commodum pecuniarium inde ad te pervenit. Ex altero nihil mihi abest, quamvis tu commodum aliquod occasione judicii consequaris: Itaque his casibus cessante occasione civili præscriptis verbis, siquidem dolus arguatur, actionem de dolo dari, sin minùs in factum, *d. l.* 5. §. 3. *l.* 15. *in fin. ff. de præs. verb.* Cùm autem utrinque de faciendo actum est, parem esse utriusque rationem; & quia aliàs etiam loco facti succedit obligatio in id, quod interest, actionem præscriptis verbis, quæ natura sua incerta est, sine distinctione dari. Antonius autem Faber in *rational. ad l.* 7. §. 3. *& seqq.* putat in hoc articulo admissam esse actionem præscriptis verbis dubitationis tollendæ gratia, cùm hîc videri possit competere actio mandati propter similitudinem negotii, quæ dubitatio, in contractu facio ut des, nulla. Cæterùm ut ingenuè fatear, quod sentio, non possum superiori distinctioni penitus acquiescere. Nam & in specie *d. l.* 15. *ff. de præsc. verb.* quamvis indicanti servum fugitivum nihil absit, tamen propter intercedentem pactionem ob iudicium, ait Ulpianus, geri negotium aliquod, ex quo civilis actio oriatur, id est, præscriptis verbis: & licet mox subjungat, nisi si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur, tamen his verbis non revocat, quod prius dixerat, de actione præscriptis verbis danda, sed hoc significat: secundùm quosdam, etiam in hac specie actionem de dolo dari, ubi dolus arguitur, relicta actione præscriptis verbis ubi dolus nullus intervenit. Et hoc congruit sententiæ Pauli in *d. l.* 5. §. 2. *in fin. ff. eod.* ubi in tali specie, si tibi dedi servum, ut servum tuum manumitteres, eoque à te manumisso, quem dedi evictus est. Paulus scribit, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem ex sententia Juliani; si ignorans, in factum civilem: quanquam locus iste Pauli suspectus meritò videtur, propterea quod alibi legimus, Julianum utroque superiore casu dedisse actionem extremas quasi primis deficientibus, in scientem quidem de dolo, in ignorantem autem in factum prætoriam, non civilem; atque eo nomine reprehendi à Mauriciano & Ulpiano in *l.* 7. §. 2. *ff. de pact.* qui putat utroque casu in factum civilem præscriptis verbis dandam. Et profectò rectè: nam si in ignorantem datur actio in factum civilis, hæc eadem danda est etiam in scientem non de dolo: & ex contrario si in scientem datur de dolo, necessario in ignorantem dandum est in factum prætoria, qui certus est & perpetuus horum judiciorum ordo. Porrò nec illud video, quid intersit ad actionem præscriptis verbis dandam, utrùm ego tibi dederim Stichum, ut Pamphilium manumitteres, cùmque tu eum manumisisses, Stichus evictus sit, an ego Stichum manumiserim, ut tu Pamphilum mihi dares, & tu cesses dare. Neque enim aut illo casu ex tua manumissione quicquam commodi pecuniarii in me transit, aut hoc ex mea manumissione ad te. Sed hæc potius in medio relinquenda: sunt enim ἐκ τῶν ἀπόρων nec sine causa existimat Cujacius ad *l.* 7. §. 2 *ff. de pact.* verbum illud *civilem* apud Paulum in *d. l.* 5. §. 2. *in fin. ff. de præsc. verb.* esse additamentum Triboniani & argumentum imperitiæ Compositorum.

CAPUT XLVII.

An etiam ejus, quod errore juris indebitum solutum est, repetitio detur?

QUæsitum est, quomodo accipiendum sit, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse de errore facti tantùm, an etiam de errore juris? Duplex enim error est, unus facti, alter juris. Facti error est, cùm aut quod factum est, factum esse nescitur, aut quod factum non est, factum putatur. Contra qui factum quid esse scit, aut non esse factum, & tamen ignorat, quid hîc sibi jure tribuatur, is in jure errat, *l.* 1. *ff. de jur. & fact. ign.* ubi hæc res exemplis declaratur. Si quis sciens se non debere solvat, cessare repetitionem juris est explorati, *l.* 1. *§.* 1. *l. si non sortem* 22. *§. indebitum* 3. *de cond. indeb.* quippe cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, *l. cujus* 53. *ff. de reg. jur.* Et ex contrario certi quoque juris est repetitioni locum esse, si quis cum putaret se debere in facto errans, quod non debebat, solverit, *l.6.l.7.C.de cond.ind. l. err.*7. *C. de jur. & fact. ign.* Illud solùm quæritur, an etiam ei condictio sive repetitio detur, qui quod non debebat, solvit, ductus errore juris. Negant plerique recentiores, Cuj. 5. *obs.* 39. Duar. *ad tit. de cond. ind. c.* 7. Donell. 1. *com.* 21. Bronc. 2. *ass.* 36. Perez *in Cod. de cond. ind.* 12. Affirmant interpretes veteres, eosque secuti, Zas. *ad rubr. de cond. indeb. num.* 5. Sichard *ad rubr. & l. C. eod.* Wesemb. *par. eod. num.* 9. Tulden. 6. *eod. num.* 4. Grot. *lib.* 3. *introd ad jurisp. Batav. c.* 30. Christin. *vol.* 3. *decis.* 8. Bachov. *disput.* 4. *de act. thes.* 17. Antequam verò sententiam nostram aperiamus, quoniam de indebito soluto hîc quæritur, operæ prætium erit explicare, quid verbo *indebiti* auctores juris intelligant. Et quidem nemo dubitat, quin pro indebito habendum sit, quod neutro jure, id est, neque civili jure, neque naturali debetur. Sed quid si jure civili quidem debeatur, non autem jure naturali, aut è converso? Si tantùm jure civili, id est, si ex ea obligatione debeatur. Cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, tale debitum pro indebito habendum est, ejusque per errorem soluti, ut vere indebiti datur repetitio *l. si non sortem* 26. *§.* 3. *l. qui exceptionem* 40. *l. si quis* 43. *l. ex his omnibus* 54. *ff. de cond. ind.* Nimirùm hujusmodi debitum verbo tantùm ita dicitur, re autem debitum non est, quoniam naturæ jure non debetur, imo nec verè deberi intelligitur jure civili *l.* 3. *§.* 1. *ff. de pecun. constit. l. nihil interest* 122. *ff. de reg. juris.* Naturale autem debitum, ut ut jure civili seu summo jure debitum non sit, in hac tamen causa pro vero debito habetur, ideoque etsi exigi non potest, solutum tamen quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur: sententia innumeris locis tradita, *l. naturales* 10. *ff. de obl. & act. l. indebiti* 13. *l. si pœnæ* 19. *l. si non sortem* 26. *§. libertus* 12. *l. Julianus* 60. *ff. de cond. ind. l.* 3. *§. ult. ff. quod quisq. jur.* Et verò cùm etiam id, quod natura debetur in compensationem veniat, summa ratione denegatur ejus per errorem soluti repetitio. Sed etsi debitori detur exceptio perpetua, cæterùm ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: siquidem sententia Judicis obligationem naturalem consensu constitutam tollere non potest: & ideò quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse Julianus & Paulus responderunt, *d. l. Julianus* 60. *ff. de cond. ind.* Huc item plerique referunt exceptionem senatusconsulti Macedoniani. Nam & filiusfam. si mutuam pecuniam contra senatusconsultum acceperit, & paterfam. posteà factus perperam solverit, non repetit, quoniam naturalis obligatio manet, *l.* 9. *in fin. & l. seq. ff. de senatusc. Maced.* Affertur & alia denegandæ ex hac causa conductionis ratio in *l. qui exceptionem* 40. *ff. de cond. ind.* Sed ea non est perpetua, ut apparet ex *d. l. Julianus*, *eod.* Atque ego in hac specie omnino distinguendum putarem inter errorem juris & facti per *l. ult. ff. de senat. Maced.* Igitur & pro debito hîc accipiendum, quod natura tantùm debetur, & pro indebito, quod debetur tantùm jure civili. Enim verò naturale debitum more veterum hîc accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & simul naturalis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quòd si etiam ipsa naturalis obligatio jure civili tota improbetur, qualis est mulieris intercedentis, *l. si mulier* 16. *§.* 1. *ff. ad senat. Vellej.* prodigi promittentis, *l.* 6. *ff. de verb. obl.* aut alias destituta sit juris civilis auxilia, licet admittat accessiones, qualis est pupilli sine tutoris auctoritate contracta; talis debiti quamvis naturalis nulla hîc habetur ratio, perindeque repetitio soluti datur, ac si quod ex ea causa solutum est, ne jure quidem naturali deberetur, *l. qui exceptionem* 44. *& l. seq. ff. de*

cond. ind. l. 9. C. ad sen. Vell. d. l. 6. ff. de verb. obl. Ejusdem generis est & obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris vel minùs solennis, vel legantis suprà dodrantem bonorum: quanquam hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *l. 9. C. ad leg. Falcid. l. 7. C. de cond. ind.*

Jam quod ad questionem propositam attinet, suscribo sententiæ veterum interpretum, nempè etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse, si nulla subsit naturalis obligatio. Movet me primùm hæc ratio, quòd condictio indebiti ex bono & æquo introducta est *l. pen. ff. de c. ind.* ac proindè non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi potest. Quam verò æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate condictionis excipere, cui quid solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod de natura quidem debebatur, sive quod causa debendi ab initio non valuit, sive quod effectum non habuit, ut accidit in merè civili debito? Nam cùm tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, *l. 14. ff. de compens.* accessiones non admittat, *l. 3. §. 1. ff. de pecun. constit. l. 7. ff. de fidejuss.* cùm prætor eo nomine in re aperta deneget occasionem, in dubio non det nisi cum exceptione, *l. nam posteaquam 9. ff. de jurejur.* quo tamen & ipso ostendit se id pro debito non habere, quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, repeti non posse? Prima enim æquitatis regula est neminem debere cum alterius detrimento fieri locupletiorem *l. nam hoc 14. ff. de cond. ind.* Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coëgerit, ut promitteret, non possum adduci, ut credam exactum ex his causis, licet per errorem juris solutum sit, retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse hoc solo prætextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali aut quod metus causa. Et ne videamur sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *l. 7. ff. de cond. ob turp. caus.* Ubi Pomponius disertè ait, ex stipulatione, quæ per vim extorta est, si exacta sit pecunia, repetitionem esse. Porrò & extra hujusmodi casus Julianus post Nervam & Atilicinum respondit, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cùm exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proindè solutam errore juris, *l. qui se debere 7. ff. de cond. caus. dat.* Similes loci sunt in *l. cum is 32. §. 2. l. si quis 43. l. si fidejussor 59. ff. de cond. indeb. l. 5. C. eod.* His enim locis agi de errore juris patet ex eo, quod agitur de facto proprio, eoque quod nemo ignorare potest, nisi summè negligens, quæ ignorantia pro ignorantia juris habetur *l. 9. §. 2. ff. de jur. & fact. ign.* nemo enim potest proprii facti ignorantiam prætendere *l. 7. ff. ad senat. Vell. ad l. mandatum 57. ff. mandat. l. 1. præsc. ff. ut in poss. leg.* Prætereà etiam hoc me movet, quod toto titulo π *de cond indeb.* aliàs satis prolixo, nusquam aut errori facti tantùm repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur; sed perpetuo tribuitur errori simpliciter: sive quod solutum est omninò non debeatur, sive propter exceptionem perpetuam exigi non possit: ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiscumque sit, non obstare repetitioni; sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probant tum *l. 1. §. 1. & l. si non sortem 26. §. 3. ff. eod.* tum ratio, ob quam placet eum qui sciens indebitum solvit, non repetere, nimirùm quia donasse intelligitur, *l. 53. ff. de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob caus. dat.* quod sanè de eo, qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putavit, dici non potest, nec aliam ob causam in specie *l. 1. pr. ff. ut in poss. leg.* condictio satisdationis conceditur jus ignoranti, scienti denegatur. Postremò vel maximè me illud movet, quod à Papiniano responsum est in *l. 8. ff. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere. Ex eo enim perspicuè evincere mihi videor, etiam id quod per errorem juris indebitum solutum est, condici posse: nam si hoc negamus, illud fateamur necesse est errorem juris etiam in amittenda re sua cuique nocere, contra sententiam Papiniani. Neque video quid ad hoc responderi possit sine cavillatione. Nam certè illa Neotericorum responsio captiosa est, quod condicens non laborat de re amittenda, sed de re amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittit, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque verò hic de tempore condictionis instituendæ quæritur, sed factæ solutionis, negatque Papin. errantem in jure rem suam amittere, videlicet sic, ut eam nunquam possit recuperare. Et tantùm non ridiculum est, quod aiunt errorem juris solventi profuturum ad lucrum, si rem recuperaret, eo quod translato per solutionem rei dominio, jam de novo eam acquirere videatur. Quasi verò damno non afficiatur, qui dominium rei suæ in perpetuum amittit, aut lucrum sentiat, cui damnum resarcitur. Lucrum non intelligitur, nisi quod deducto damnum superest: nihil autem ampliùs hac condictione recuperatur, quàm quod damnum abstulit. Et omninò quod idem Papinianus in *l. 7. ff. de jur. & fact. ign.* definit, ignorantiam juris suum petentibus non nocere id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant

borant. Nec obstat huic definitioni, *l. si fidejussor.* 29. §. 1. *ff. mand.* Nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant: debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat, jure errans solvit: negaturque hoc casu competere fidejussori actionem mandati: de condictione autem nullum ibi verbum. Et iisdem locis aperti erroris convincuntur, qui eamdem scientiæ & ignorantiæ juris rationem esse volunt. Quid enim si accipiens quoque in jure erret, dicentne hunc furem esse? aut si sciat esse indebitum & creditorem se simulet, negabunt esse furem, propterea quòd solvens eo quod in jure errat, pro sciente & donante habeatur? *vid. l. quoniam* 18. *ff. de c. furt. l. falsus* 43. *pr. ff. de furt.* Quid ergo est? Acquirere volentibus juris error non prodest, *d. l.* 7. *ff. de jur. & fact. ign.* Exempla in *l.* 4. *ff. eod. l.* 10. *ff. de bon. poss. l. nunquam* 31. *ff. de usuc. l.* 11. *C. de jur. & fact. ign.* suum verò petentibus & in damnis amittendæ rei suæ non nocet, *d. l.* 7. *& d. l.* 8. Et quod dicitur, juris ignorantiam nocere, *l.* 9. *ff. eod.* sic accipiendum est non prodesse, lucro non afficere: cæterùm nec damno. Enimverò meminisse oportet ejus, quod initio dixi, ita errorem juris non impedire, quominùs solutum repeti possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quòd si is, qui solvit, natura qualis qualis debitor est, quæ res simul justam retinendi causam accipienti tribuat, hoc sanè casu distinguendum erit inter errorem juris & facti, ut in facti errore concedatur, in errore juris denegetur repetitio. Ut ecce cùm essem filiusfam. mutuam pecuniam contra senatusconsultum accepi, & paterfam. factus solvi, si per ignorantiam juris non repetam, si per errorem facti, contra; *arg. l. qui exceptionem* 40. *de cond. ind. l.* 9. *in fin. cum l. seq. junct. l. ult. ff. de senat. Maced.* Solvi fidei commissum secundùm voluntatem testatoris, sed minus solemnem, quia fortè quinque testes non adfuerant, qui numerus in fideicommissis legitimus est; §. *ult. Inst. de fideic. hæred.* Solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia, si errore facti repetitionem habeo, si errore juris, non item, *l.* 2. *C. si adv. solut. l.* 7. *C. de cond. ind. l.* 9. *C. ad leg. Falcid.* Non equidem ideo quòd hic solus error juris mihi noceat, sed quòd simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, *arg. l.* 2. *C. de fideicom. l. in testamento* 38. *de fideic. libert. l.* 5. §. *si quis* 15. *ff. de don. int. vir. & ux.* justam facit retentionem. Et hoc puto significare Grotium, *lib.* 3. *introd. ad jurisp. Bat. c.* 30. his verbis, *Tenvvaer eenige rechtmatige reden tot te betalinge hadde ghedient.* Atque ad hujusmodi aut similes casus accomodandi sunt & alii loci Codicis, in quibus fortè aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantùm tribuitur, ut in *l.* 10. *C. de jur. & fact. ign. l.* 6. *C. de cond. ind.* Nam profectò ob hoc solum quòd ego in jure erravi, tu justam retinendi, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hîc melius est favere repetitioni, quàm adventitio lucro, *arg. l. non debet* 41. §. 1. *ff. de reg. jur.*

CAPUT XLVIII.

An mulier ex quavis causa etiam extra judicium efficaciter renuntiet senatusconsulto Vellejano?

FŒminæ non minùs quàm masculi ex contractibus suis obligantur. Excepta est intercessio senatusconsulti Vellejani providentia. Id autem ideo senatus providit, ne fœminæ virilibus officiis (cujus generis est & intercessio, l. 2. *ff. de reg. jur.*) fungerentur. Et hoc officium eo magis eis adimendum fuit, quia in eo non sola opera nudumque ministerium versatur, sed etiam periculum rei familiaris, *l.* 3. *pr. &* §. 1. *ff. ad senat. Vellejan.* Et proindè prospexit senatus, ne remoto præsentis periculi metu alienam obligationem facilitate sua suspiciendo (ut est sexus avarus quidem, sed incautus, non prospiciens damnum, quod ante oculos positum non est) obstringerentur, *l.* 2. §. 2. *ff. eod.* Subvenit autem ita mulieri, ut si de intercessione constet, nulla actio petitiove adversus eam detur: aut si hoc non satis liqueat, detur mulieri exceptio, qua probata non teneatur, *arg. l.* 9. *pr. ff. de jurejur.* totam denique obligationem senatus improbavit, *l.* 16. §. 1. *ff. ad senat. Vellej.* Sunt autem nonnulli casus, quibus cessat senatusconsulti auxilium, 1. si mulier se obligavit pro manumissione, *l. pen. C. eod.* 2. si pro dote *l.* 12. *l. ult. C. eod.* 3. si in rem suam, puta pro suo procuratore fidejussit, *l.* 3. *l. aliquando* 16. *l. si pro* 21. *& seq. ff. eod.* 4. si apud minorem intercessit pro debitore inope, *l.* 12. *ff. de minorib.* 5. si dolo eum deceperit, cui se obligavit, *l.* 2. §. 3. *l. si decipiendi* 30. *ff. ad senat. Vell. l.* 5. *C. eod.* 6. si pretium intercessionis acceperit, *l. antiqua* 23. *Cod. eod.* 7. si debitori principali successerit, pro quo se obligaverat, *l.* 8. §. *planè* 13. *ff. eod.* 8. si intercessionem ante biennium factam post biennium confirmaverit, atque se obligaverit iteratò, *l. si mulier* 28. *C. eod.* sed pro ex-

tranco nempè, non pro marito: nam si pro marito intercesserit, etsi sæpius intercessionem repetiit, tamen intercessio inutilis est, *auth. si qua mulier C. eod. 9.* si beneficio senatusconsulti renuntiaverit, quod citra controversiam receptum est in duabus causis; in tutela liberorum à matre aut avia suscepta, *auth. matri & aviæ C. quand. mu. tut.* item si pro eo, pro quo mulier intercessit, parata sit judicium accipere, ejus liberandi causa, *l. ult. §. pen. ff. ad Senat. Vell.* quorum alterum rei necessitas expressit; recepta scilicet matris & aviæ tutela, alterum juris, quippe quod admissa solutione omninò consequens fuit, *l. solutione 23. ff. de solut.* Illud autem quæritur, an mulier etiam ex quavis alia causa extrà prædictas efficaciter renuntiet senatusconsulto, non quidem in foro, ubi sententiæ numerari solent, sed in Academiis ubi veritas exquiritur. In foro recepta dicitur hæc sententia, tanquam communis, mulierem ex quavis causa etiam extra judicium renuntiantem senatusconsulto ex intercessione sua obligari, utique si de jure sibi competenti, & vi senatusconsulti probè edocta sit: quanquàm nec ubique hoc receptum videtur, & dubium est, an hæc sit communis opinio, ut patet ex iis, quæ traduntur à Gomesio *lib. 2. var. resol. c. 13. num. 17.* Christin. *vol. 3. decis. 36.* & aliis. Sed ut hæc sit communis & recepta usu forensi sententia, ego tamen cum Alberico, Bart. Bald. Castr. Salic. Alciat. Gomes. *ubi sup. & aliis ibid.* & apud Soar. *in addit.* citatis, veriorem esse judico sententiam contrariam, nimirùm mulierem extra causas memoratas, quarum propria, ut diximus, ratio est, renuntiantem senatusconsulto ex intercessione non magis obligari, quàm si intercesserit sine renuntiatione. Hoc enim omninò consequens est, amplissimi ordinis providentiæ totam intercessionem improbantis, idque etiam publicæ honestatis causa, quod intercedere civile & virile officium videatur, *l. 1. l. 2. §. 1. l. 16. §. 1. ff. ad senat. Vell. l. 2. ff. de reg. jur.* Et alioqui admissa contraria opinione levi momento prudens senatusconsilium eludi atque inutile reddi poterit: quippè cum eadem fragilitate & levitate, qua mulier intercedit, étiam renuntiatura sit: nempe ubi nullum præsens damnum est, tam facile se induci patietur, ut renuntiet, quàm ut intercedat. Quid quod ipsa renuntiatio vel maxime intercessio est, utpote quæ intercessionis confirmandæ gratia interponitur? Nihil in contrarium facit, quod mulierem de jure suo certiorari volunt: quoniam certioratio neque augere, neque minuere obligationem potest, neque sufficit ea rebus ad imbecillum & captionibus suppositum sexum deterrendum ab intercessione, ubi nullum præsens periculum metuitur. Cùmque finis certiorationis sit cognitio auxilii, nihilominùs tamen mulieres ut maximè juris sui consciæ sint senatusconsulto juvari constat: & semper hîc militat ratio ducta à causa tum impellente tum finali, ne mulieres ex aliena obligatione damnum sentiant. Accedit hùc, quod mulier etiam iteratò intercedens juvetur: nam & in secunda promissione intercessio est, ut inquit Jurisconsultus in *l. doli 19. vers. diversum ff. de novat.* Atqui renuntiatio non videtur esse efficacior intercessione repetita. Quod verò constitutum est à Justiniano in *l. si mulier. 21. C. ad senat. Vell.* ut iterata seu repetita post biennium intercessio senatusconsulti auxilium excludat, id specialem rationem habet, quæ etiam illic adjicitur, nimirum quòd mulier tunc non tam pro aliena obligatione, quàm pro sua intercedere videatur, & proprium negotium gerere. Utique secus est, si ante biennium cautionem repetierit. Est & aliud hujus sententiæ argumentum in *l. antiquæ 23. §. 1. C. ad senat. Vell.* ubi eo casu mulieri datur exceptio senatusconsulti, cùm instrumento publicè confecto & tribus testibus subsignato intercessio facta est, & ita ut hoc solo casu ipso jure teneatur, eique exceptio sit necessaria, aliàs senatusconsulti auxilium non desideret. Quòd si igitur mulieri non obstat intercessio tam solemnis, quominùs locus sit senatusconsulto, multò magis locum habebit in simplici renunciatione. Utique enim non verbis, sed rebus leges positæ sunt; & quæ tam solemniter intercedit, serium profectò animum se obligandi habere ostendit, taciteque hoc ipso videtur senatus auxilio renuntiare, cum aliàs dolus præsumi possit. Et bona igitur hæc connexio est: Si mulieri etiam tunc succurritur, cum instrumento publico trium testium subsignatione firmato intercessit: multò magis ei succurrendum est, cùm tantùm simpliciter exceptioni senatusconsulti renuntiavit. Non obstat regula tradita in *l. pen. C. de pact.* quod unusquisque licentiam habet juri pro se introducto renuntiare. Illa enim regula officium suum perdit, quando vel ætas, vel fragilitas personæ aut alia consideratio privilegio locum facit, *arg. l. alia 14. §. 1. ff. solut. matrim.* ut rectè Alciat. *in l. pen. C. de pact.* Senatus autem cum improbat intercessionem & inde natam obligationem, opem quidem fert mulieribus, sed tum propter sexus imbecillitatem multis captionibus obnoxii, tum etiam intuitu publicæ honestatis, eo quod intercedere sit virile & civile officium, *l. 1. & l. 2. ff. ad senat. Vell. 2. l. 2. ff. de reg. jur.* Et aliàs ut dixi, prudens senatusconsilium nullo negotio eludi posset. Fundatur maximè contraria opinio in *l. ult. §.*

pen. ff. ad senat. Vell. ubi Jurisconsultus ait, si mulier pro eo, pro quo intercessit, parata sit judicium accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, eam cavere debere, se senatusconsulti exceptione non usuram. Sed inquam necessitas juris in hoc casu renuntiationem admisit vel potius extorsit. Etenim hoc admisso, quod mulier pro debitore rectè solvit, *l. 4. C. eod.* consequens omnino est, ut ei liceat & judicium pro debitore accipere liberandi ejus causa, quoniam & hoc pro solutione est, & unicuique licet etiam debitore invito, *l. solutione 23. ff. de solut.* Nimirum si vellet solvere mulier, audiretur: nunc idem facere vult, sed prius postulat de debito sibi liquere per judicem & apertè æquum postulat, dummodò de solutione futura certus reddatur actor: & ideo ne ille decipiatur, non alia conditione mulierem judicium pro alio suscipientem audiri rectè placuit, quam si caveat se, si condemnetur, auxilio senatusconsulti non usuram, idque in jure apud prætorem sive magistratum, cujus auctoritas eludi non debet. Indicant hoc non obscurè extrema *d. l. ult. §. pen.* verba *& sic ad judicem ire* 1. post renunciationem in jure apud prætorem factam ire ad eum judicem quem prætor dedisset, ex usitato & ordinario more judiciorum. Fallitur veteris ordinis judiciarii ignorantia, Fachinæus *lib. 2. cont. 59.* dum hunc locum etiam de cautione extra judicium sive non in jure facta accipi posse putat. Neque enim protinus ad judicem ibatur: sed prætor prius adeundus erat judicii constituendi gratia, quo demum constituto & facta litigandi potestate, ibatur ad judicem, quem prætor dederat judicii constituendi & contendendi causa qua de re consulendi antiquitatis indagatores, Brissonius, Hotomannus, Sigonius.

CAPUT XLIX.

An etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat?

COmpensatio est debiti & crediti inter se contributio *l. 1. de compens.* verbi causa, tu mihi debes centum ex causa mutui: ego vicissim tibi debeo tantumdem ex causa emptionis: agis mecum & petis centum ista, quæ tibi debeo ex causa emptionis: ego peto, ut compensatio fiat ejus pecuniæ, quam ego tibi debeo, cum ea pecunia, quam tu mihi debes ex causa mutui. Hæc contributio dicitur compensatio. Ut autem compensationi sit locus, exigitur ut quantitas seu pecunia utrinque debeatur. Omnino enim probamus sententiam vulgò receptam, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, nec pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multòque minus speciem cum specie. Idque vel etymologia verbi satis confirmat, quo nihil aliud, quam debitæ invicem pecuniæ contributio significatur; nisi fortè quis abusivè loquatur, eoque verbo intelligat retentionem, quod fecisse videtur Jurisconsultus in *l. in rebus 18. §. ult. ff. commod. & l. 7. §. ob donationes 5. ff. solut. matrim.* Utique non potest dici æqua præstatio ac tantumdem reddi nisi cùm res quantitate constantes eadem quantitate redduntur vel mutuò imputantur. Quod si in aliis rebus, quàm quæ functionem in genere suo recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licere debet quàm aliud pro alio invito creditore solvere, *arg. l. 4. C. de compens. junct. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Non inquam magis, quàm ut quis cogatur rem suam vendere, aut alienam emere, aut suam cum aliena permutare: & faciunt hoc textus in *l. si convenerit 18. præsc. ff. de pign. act. l. 4. l. si debeat 22. ff. de compens. l. 4. C. eod.* Paul. *2. sent. 5.* Mercer. *1. opin. 14.* Zanger. *de except. p. 3. c. 8. n. 108.* latè Schifordig. *lib. 1. ad* Ant. Faber. *tract. 2. quæst. 2. seqq.* Donell. *ad §. 30. Inst. de act. num. 12. & lib. 16. comm. c. 15.* Tulden. *in C. de compens. n. 3.* Itaque quod dicitur in omnibus actionibus compensationem opponi posse, sic intelligendum est, si res debita non impediat, & ponendi termini habiles, scilicet cum utrinque pecunia debetur; alias enim opus est mutua petitione seu reconventione, ut nunc loquuntur, *l. 14. & auth. & consequenter C. de sent. & interlocut.* Cæterùm hæc missa facio, & ad quæstionem propositam accedo. Cùm compensatio sit debiti & crediti mutua contributio, quæsitum est, an cujusvis debiti nomine compensatione uti liceat, & nominatim an debitor conventûs à creditore suo, qui vicissim ei obligatus est, sed naturaliter tantùm, naturale hoc debitum cum alio naturali & civili simul compensare possit. Quin debitum, quod cum effectu peti potest compensari cum alio queat, nulla dubitatio est, sicut ex converso, quod summo jure debitum per exceptionem perpetuam potest removeri, puta pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi, &c. ad compensationem non pertinere in confesso est, *l. quæcunque 14. ff. de compens.* utpote cujus etiam per errorem soluti repetitio datur, *l. si non sortem, 26 §. 3. l. 3. l. qui exceptionem 40. ff. de cond. indeb. cum simil.* Tantùm quæritur debito naturali, an id etiam in compensatio

nem deduci possit. Et puto posse: nam cùm hujus debiti, licet per errorem soluti, non sit repetitio, consequens est posse hoc ipsum & cum alio quovis debito compensari. Ratio est, quia compensatio non alia de causa debitorem liberat, quam quod & ipsa numerationem quamdam brevi manu continet, & pro solutione ipso jure habetur, *l.* 4. *C. de compens. l.* 10. *ff. eod. l.* 4. *ff. qui pot. in pign.* Et secundùm hoc disertè ab Ulpiano responsum est, etiam id, quod naturaliter debetur, in compensationem venire *l.* 6. *ff. de compens.* Nimirum compensatio species quædam est defensionis, & quodammodò exceptionis paritque retentionem, qui unus est ex effectibus naturalis obligationis, *l.* 4. *l. ob negotium ff. eod.* Et toto errant judicio, qui compensationem referunt ad merum jus civile, cum ea potius mera nitatur æquitate, unde æquitas compensationis, *l. in rem.* 18. *ff. l.* 5. *l.* 6. *C. eod. l. inter* 36. *ff. de admin. tut.* Non desunt tamen, qui simpliciter negant naturale debitum compensari posse cum eo quod naturaliter & civiliter simul debetur. Sed utuntur illi exemplis à statu controversiæ alienis & inscitè admodùm argumentantur. Etenim naturale debitum hîc intelligi oportet non quodvis, quod natura debetur; non quod in totum aut quoad effectus principales destituitur juris civilis auxilio, quale est mulieris intercedentis, prodigi promittentis, filiifam. mutuam pecuniam accipientis, pupilli sine auctoritate tutoris contrahentis, quod oritur ex voluntate testatoris minus solemni, &c. cujusmodi obligationum naturalium exempla illi proferunt (dubites, an bona fide, quia nemini unquam in mentem venit ex obligatione naturali sic destituta jure civili, ut etiam quod ex ea per errorem solutum est, possit repeti, admittere compensationem,) sed tale, quod ex conventione descendens eosdem effectus etiam jure civili habet, quos habet naturale & civile debitum simul, una actione excepta: & adeo cujus nec per errorem soluti repetitio est: quale scilicet debitum seu naturalem obligationem auctores juris passim intelligunt, cum aiunt aut negant aliquem naturaliter obligari, *l. naturaliter* 13. *l. si pœna* 19. *l. frater à fratre* 38. *l. quod pupillus* 41. *l. si quod* 94. *ff. de cond. indeb. l. naturales* 10. *l. pupillus* 94. *ff. de oblig. & act. l.* 5. §. 2. *ff. de solut. & similib.* Finge igitur usuras fœnoris pecuniæ pacto promissas, hæ etsi exigi non possunt, solutæ tamen non repetuntur, quoniam naturaliter ex conventione debentur *l.* 3. *C. de usur.* ac proinde etiam cum alio debito compensari poterunt. Finge patrem pecuniam credidisse filio, quem in potestate habebat, vel fratrem fratri συνυπιζωσίω, hic neque filius patri, neque frater fratri civiliter obligatur, sed naturaliter duntaxat, *l. frater à fratre* 38. *ff. de cond. indeb.* si tamen is filius postea emancipatus cum patre aut fratre contrahendo eos civiliter obligaverit, & debitum petat, rectè pater aut frater compensabunt pecuniam à se creditam propter obligationem naturalem, *d. l.* 6. *ff. de compens.* Similia exempla peti possunt ex *l.* 6. §. *sicut autem* 4. *ff. de pecul. leg. l. naturaliter* 13. *ff. de cond. indeb. l. servus* 14. *de oblig. & act.* Nihil planè pro contraria sententia facit, quod Javolenus respondet in compensationem non venire, quæ per exceptionem perimi possunt, *l. quæcunque* 14. *ff. de compens.* Nam quæ (malum) hæc argumentatio est! Quod per exceptionem perimi potest, in compensationem non venit, ergo nec quod natura debetur. Si hoc procedit, etiam illud procedet: Quod per exceptionem perimi potest, ejus per errorem soluti est repetitio, *l. qui exceptionem*, 40. *l. ex his* 54. *ff. de cond. indeb.* ergo & debiti naturalis. Quis unquam fando audivit procedere argumentum à vero indebito, eoque quod vi ipsa nullo jure debetur, *l.* 3. §. 1. *ff. de const. pec. l. nihil.* 112. *ff. de reg.* ad debitum verum & naturale, ad quod solvendum jure gentium adstringimur, *l. cum amplius* 84. §. 1. *ff. de reg. jur.* Licet jure civili exigi nequeat; denique à remotione iniqui ad remotionem æqui? Sic dicam, debitum civile tantum non potest constitui, *d. l.* 3. §. 1. *de const. pec.* ergo nec debitum naturale, contra textum expressum in *l.* 1. §. *debitum* 7. *eod. tit.* Denique quid tam ridiculum, dicam an stultum, quàm sic argumentari? Si id quod natura non debetur, non potest compensari, ergo nec id compensari potest, quod natura debetur? Hæc tamen eorum collectio est. Præterea naturale debitum vi exceptionis non perimitur, sed ob defectum actionis non petitur: longèque aliud est debitum, quod peti non potest, non tam jure deficiente, quàm actione: alium quod peti quidem summo jure potest, sed non cum effectu propter exceptionem. Illud enim verè debetur, & sine exceptione, quamvis exigi jure civili non possit: hoc autem vi ipsa pro non debito est *l. Marcellus* 66. *l. nihil* 112. *ff. de reg. jur.* Quod verò aiunt, naturale debitum per exceptionem utique latè dictam, quæ facti & intentionis interpretibus vocetur, perimi oppido quam indoctum est. Nam allegationes illæ reorum, quæ vulgò exceptiones facti dicuntur, nihil aliud sunt, quàm inficiationes conjunctæ cum novi facti affirmatione, veluti si quis judicio conventus ex ea causa, ex qua actio jure competit, neget se debere, propterea quod actio illa ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu: cujusmodi affirmatio cùm in judicium deduca-

tur, ac proinde à debitore probanda sit *l.* 1. *C. de prob.* propè abest à natura exceptionis. Nemini autem interpretum vel per somnium unquam in mentem venit, ut putaverit idem locum habere etiam in debito naturali, in quo qui se fundat, nec habet actionem, nec unquam habuit, & quo casu debitor de facto conventus, nihil sit affirmaturus, nihil in judicium deducturus nec probaturus, sed ad defensionem suam simplici usurus inficiatione, id est, negaturus ullam actori proditam actionem de eo quod petitur. Quid quod ridicule juberet prætor de eo apud judicem quæri, quod sibi exploratum & apud partes confessum est? Verus debitor, inquiunt, etiamsi sententia judicis absolutus sit, naturaliter tamen obligatus manet, & ideo si neglecta rei judicatæ exceptione solverit, non repetit; utrumque verum est, *l. Julianus* 60. *ff. de cond. ind.* addunt, nec cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet, compensat, quod quidem non capio. Quid enim hoc monstri est, debitor quod naturaliter tantum debet, non compensat cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet? An debitor ipse secum pensat, aut an is, qui naturaliter debet, pensat cum alio? Nemo sanus hoc dixerit: sed is, cui naturaliter debetur, judicio conventus potest hoc debitum pensare cum eo quod ipse civiliter petitori debet, & sic naturalis debitor patitur compensationem perindeque habetur, ac si solvisset. Nihil præsidii habent in *l.* 2. *C. de compens.* illic enim non agitur de debitore absoluto, ut imperitè illi, sed de condemnato, qui & judicatum fecerat, negaturque hunc ab eodem creditore ex alia causa conventum compensare posse, quod ante ex causa judicati solvit. Ratio est, quia qui ex hac causa solvit, non indebitum, sed debitum solvit, cujus soluti nulla repetitio est, ut ibidem significatur. Et hactenùs verum est quod aiunt, quod solutum non repetitur, id in compensationem deduci non posse: nullum enim verum debitum, quod semel solutum est, aut repetitur, aut in compensationem deducitur. Qui ex causa judicati quod debet, solvit, is nec repetere solutum, nec ex alia causa à creditore conventus compensatione uti potest: cæterùm si ante solutionem judicati conveniatur, compensationem pecuniæ sibi ex alia causa debitæ implorare non prohibetur *d. l.* 2. *C. de compens.* Quòd si hæc eorum sententia est cujus debiti soluti cessat repetitio, ejus nondum soluti necesse compensationem, jam nullum verum debitum compensari cum alio poterit, quia nullius veri debiti soluti repetitio est. Ejusdem commatis est & hæc eorumdem argumentatio. Ex naturali obligatione nulla nascitur actio; at qui compensatione utitur, agere videtur & mutuo petere, *l. amplius* 15. *ff. rat. rem hab. l.* 6. *de compens.* ergo debitum naturale cum alio debito compensari non potest. Perindè enim hoc est ac si hoc modo colligerem. Qui non potest agere, non potest excipere; quia qui exceptione utitur, agere videtur, *l.* 1. *ff. de except. d. l. amplius.* Ex naturali obligatione nulla nascitur actio, ergo nec solutum ex naturali obligatione accipi & retineri potest, quia qui solutum, licet sine judicio, accipit, petere videtur. Item qui non potest agere, non potest deducere, quia qui deductione utitur, petere videtur *d. l. amplius.* Qui hæc aut similia non explodat? Quærit Jurisconsultus in *d. l. amplius* quando stipulatio hæc, *amplius non peti*, commissa intelligatur: & ait eam committi non tantùm cùm res judicio petita est, sed etiam cum sine judicio, fortè ab ignorante, pecunia soluta est: ubi tamen revera nulla petitio intervenit: nempe quia qui promisit amplius non peti, vi ipsa contra stipulationem facit pecuniam accipiendo: eamdemque rationem esse ait ejus, qui compensatione aut deductione utitur, quia & is petere videtur, quanquam retinendo aut excipiendo: idque probat exemplo hæredis damnati non petere. Minimè verò novum est, ut ei qui ultrò agere aut petere non potest, actione ab alio instituta ex æquitate officio judicis succurratur, & tantum consequatur per exceptionem, aliamve defensionem aut retentionem, quantum consequeretur instituta, si quam haberet, actione, *l. plane*, 38. *ff. de hæred. petit. l. sumptus*, 48. *ff. de rei vind. l. ex quibus* 31. *ff. de cond. ind. l. Paulus* 15. *ff. de dol. mal. exc. l. hæres* 21. *ff. ad senat. Trebell. l.* 4. *C. de usur.* In compensatione autem est defensio & retentio, *l.* 4. *l. ob negotium* 20. *ff. de compens.* Nec melior hisce argumentis est eorum responsio ad locum Ulpiani in *l.* 6. *ff. eod.* ubi apertè & rotundè Jurisconsultus pronuntiat, etiam quod natura debetur, in compensationem venire. Aiunt enim locum istum restringendum esse ad casum specialem, quo naturale debitum etiam ultrò peti, & invito extorqueri potest, quale sit pupilli locupletioris facti ex contractu sine tutoris auctoritate inito, *arg. l.* 5. *pr. de auct. tut.* Quasi verò Ulpianus sic generaliter definiens, de hoc uno tantùm casu somniasset, aut ex quo Divus Pius etiam actionem in pupillum dedit, in quantum locupletior factus est, non simul civilis esse cœperit hæc pupilli obligatio, *arg. pr. &* §. 1. *Inst. de oblig.* §. 3. *Inst. de act. l.* 6. *ff. de pact.* aut ante Divum Pium locupletior factus naturaliter obligatus non fuerit, aut non ita, ut pati debuerit compensationem: cùm tamen propter summam hujus naturalis

obligationis æquitatem solutum condicere non potuerit, *l. naturaliter* 13. §. 1. *cum l. seq. ff. de cond. indeb.* cui omnino consequens, ut & compensationem admittere debuerit, per ea quæ allegata superius. Unum adhuc removendum superest, quod ferè prætereram, nempe quod ex eo, quod compensatio definitur debiti & crediti contributio, inferunt æquale utrinque debitum & creditum intelligi oportere. Hoc, inquam, non plus ponderis, quàm cætera, habet. Nam æquale debitum haberi debet, quod æquali jure cum debito naturali & civili simul, in causa, de qua agitur censetur, ut hic in causa compensationis. Sic in causis constitutæ pecuniæ, condictionis indebiti, fidejussionis, &c. nihil interest naturale sit debitum tantum, an & civile, *l.* 1. §. *pen. de constit. pec. l. naturaliter* 13. *ff. de cond. ind. l.* 6. §. 2. *& l.* 7. *ff. de fidejuss.* & creditorum loco habentur etiam, quibus natura tantùm debetur: etiam si non idem sit in aliis causis, veluti ut mitti possint in possessionem, & bona debitoris possidere sine metu calumniæ, quo pertinet *l. creditores* 10. *ff. de verb. sign.* ut benè Cujacius & alii in *Comment. ad d. locum*, observaverunt. Quare non obstat DD. axioma, quod determinatio respiciens plura determinabilia æqualiter determinet, *arg. l.* 4. §. 2. *ff. de vulg. & pup. subst.* Hoc enim tunc procedit, quando determinatio communis in uno unum tantùm effectum, in altero plura vel diversa producere potest, in alias oriatur absurdum seu ἀνακόλουθόν τι ut in specie *d. l.* 4. §. 2. quod non fit in casu nostro, ubi utriusque eadem vis & par effectus est.

CAPUT L.

An reus compensationem ex causa non liquida, per modum exceptionis, initio litis opponens, non audiendus sit?

Utrùm cujuscumque debiti ad quodcumque sive liquidum sive non liquidum jure veteri admissa fuerit compensatio, ut vult Donellus *ad* §. *in bonæ* 30. *Inst. de act. in.* 7. an aliquid duntaxat cum liquido, ut Cujacius *lib.* 8. *obs. c.* 16. *& lib.* 15. *c.* 12. supervacuum est disputare, cum certum sit hodie ex constitutione Justiniani eas duntaxat compensationes admitti, quæ ex causa liquida objiciuntur, *l. ult. C. de compens. d.* §. *in bonæ Inst. de act.* sed nimirum hoc effectu ut oppositæ ipso jure actiones minuant, ut iisdem locis expressum est; & pro soluto retro habeantur, *l.* 4. *C. eod. tit.* ac consequenter, ut quovis tempore opponi possint etiam post rem judicatam in executione sententiæ, *d. l. ult. junct. d. l.* 2. *C. eod.* Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit, & compensationem implorat, *d.* §. *in bonæ Inst. de act.* id autem ita fit, si causa debendi & justa est & vera & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expeditè probari possit. Zanger. *p.* 3. *de except. c.* 8. *n.* 95. *& seqq.* Cacher. *decis.* 129. *n.* 13. Menoch. 2. *arb. q. cent.* 1. *cas.* 14. ubi in hac re judicis arbitrio tribuendum existimat: in quo illi facile assentior. Liquidum debitum est illud existimandum, quod juris tantùm quæstionem habet, veluti si quæratur an in contractibus bonæ fidei usuræ debeantur ex mora? Hæc enim quæstio certo jure definita est, *l. mora.* 32. §. 2. *ff. de usur. l.* 2. *C. depos.* Non liquidi autem cum liquido compensationem non admittit Justinianus: sed tum alii judicio rem reservari jubet, ne scilicet creditori fiat injuria, si debitori qui initio tacuit, jam convicto aut pene convicto concedatur, ut confugiat ad defensionem compensationis ex causa, de qua non liqueat, & quæ altiorem requirat indaginem, *d. l. ult.* §. 1. *vers. hoc itaque C. de compens.* videsis Christin. *vol.* 1. *decis.* 231. *& vol.* 3. *decis.* 38. Zanger. *ubi sup. num.* 101. *& seqq.* Illud autem quæritur, an reus audiendus sit compensationem ex causa, quamvis non liquida objiciens, si eam per modum exceptionis initio litis opponat, eamque contestetur? nam ad hunc casum non videtur pertinere Justiniani constitutio. Quippe Justinianus loquitur de compensationibus, quæ fiunt ipso jure. Sic enim initio cavet: compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus. Atque ad hanc ipsam constitutionem temperandam pertinet, quod subjicit de causa liquida, nempe in hujusmodi compensationibus, quas vult fieri ipso jure, id est, tunc cum ab initio litis non opposita & contestata compensationis exceptione, postea inter moras judicii intentione actoris jam probata objicitur compensatio, exigere se, ut causa, ex qua objicitur, sit liquida. Sed & in eo temperamento nominatim eam compensationem, quæ non fit ex causa liquida, ideo repudiat, quia post multa fortè certamina & reo jam penè convicto demum opponitur: unde sic rectè colligi videtur, si quis initio litis & ante omnem disceptationem utatur exceptione compensationis, licet ex causa non liquida, constitutionem cessare, eamque non pertinere ad compensationes, quæ in exordio litis opponuntur, actionemque non ipso jure, sed per exceptio-

nem minuunt, *arg. l. 1. pr. ff. de offic. ejus, cui mand. jurisd.* Et vulgò quidem Accursio id admittunt interpretes, si debitor à creditore conventus statim debitum agnoscat dicatque sibi vicissim tantumdem à creditore deberi, atque hac defensione adversùs intentionem creditoris utatur. Sed quid si reus initio neget se debere, & tamen dum de eo dubitat, utatur simul exceptione compensationis, ut dicat etsi deberet, tamen si tantumdem ex hac aut illa causa vicissim ab actore deberi, eamque exceptionem contestetur; an hîc si actor probaverit sibi pecuniam quam petit, deberi, nihilominùs reus jam post longa fortè certamina convictus, redire poterit ad exceptionem compensationis, quam initio contestatus est, & ad eam probandam admittetur, quamvis causa, ex qua compensatio objicitur, non sit liquida? Adhuc dicimus audiendum esse, & ad probationem admittendum. Atque hæc sententia multis argumentis probari potest. Nam primò, constat olim ex rescripto D. Marci compensationes admissas fuisse opposita doli mali exceptione. Hoc quidem jus hactenùs mutat Justinianus; ut actionem quamcumque ipso jure minuat compensatio: si aperto jure nitatur: non autem si fiat ex causa non aperta nec liquida: igitur hoc casu intelligitur velle manere jus antiquum. *arg. l. præcipimus* 22. *C. de appellat.* At certum est jure veteri exceptionem initio contestatam licuisse intra quodvis tempus, dummodò idoneum probare, *l. si quidem 9. C. de except.* Secundò, non rejicit Justinianus compensationem debiti non liquidi simpliciter, sed ita si post multa certamina longamque disceptationem à debitore jam convicto, aut penè convicto opponatur: ergo ex contrario, si in id tempus objectionem compensationis non distulit, sed statim initio litis eam opposuit, quamvis ex causa minimè liquida, adhuc audiendus posteà erit. Tertiò idem evincitur ex verbis constitutionis, quibus Just. jubet; ut judices stricto jure utantur adversus eos debitores, qui jam convicti aut penè convicti compensationem debiti non liquido opponunt. At stricti juris ratio nihil amplius exigit, quàm ut exceptio initio litis contestetur, si quis eam postquam actor intentionem suam probavit, ante sententiam ad disceptationem velit opponere & probare, *l. 9. C. de præsc. long. temp. l. 8. l. ult. C. de except.* Quartò, si alia exceptione debitor conventûs utatur; puta pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ, &c. convenit inter omnes, si eam initio opposuerit audiendum eum esse intra quodcumque tempus eam probet: neque distinguitur utrùm initio confessus fuerit se debere, & exceptionem solummodò opposuerit, an debere se negaverit, & tamen si convinceretur debere, exceptionem aliquam objecerit, *l. in exceptionibus* 10. *ff. de probation. junct. d. l. 9. C. de except.* idem ergo dicendum, si utatur exceptione compensationis, quæ est justissima. Quintò & postremò si is, qui conventus negat se debere, & tamen dicit, si debet, se solvisse, etiam postquam convictus est, auditur solutionem probare volens, quamvis solutio non sit liquida, *l. 1. C. de probat.* & ibi Sichard. *post alios num.* 3. idem etiam in compensatione initio opposita admittendum, etsi debitor primò neget se debere: quoniam compensatio pro solutione est, *l. 4. C. de compens. l. 4. ff. qui pot. in pign.* Ita Donell. *ad l. ult. C. de compens. & ad §. in bonæ* 30. *Inst. de act. n.* 5. Mudæ. *ibid. num.* 15. Zanger. *de except. p. 3. c. 8. num.* 104. *& seqq.* & facit huc textus in *l. 8. ff. de compens.* Unum est, quod tot & tam efficacibus argumentis objicitur, nempè Justinianum sanxisse, ut omnis compensatio ipso jure actionem minuat: quod tamen falsum esse apertè liquet ex iis quæ ex tenore ipsius constitutionis Justiniani, atque ex verbis, *§. in bonæ* 30. *Inst. de actionib.* elicuimus. Ad argumenta autem ipsa nihil solidi, aut quod confutatione dignum sit, respondetur.

CAPUT LI.

An depositarius propter impensas necessarias retinere depositum possit.

Qui rem aliquam deposuit, hoc est, alteri custodiendam dedit, is eam rem quovis tempore repetere potest, & reddenda est etiam ante tempus constitutum repetenti, *l. 1. §. pen. & propon. ff. depos.* Nam cùm totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est, quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat; & ne ulla mora interponeretur reddendi depositi, ne compensationis quidem nomine actioni depositi, quicquam objici voluit Justinianus, licet in cæteris actionibus defensionem compensationis debitæque & creditæ inter se quantitatis contributionem admittat, *l. ult. C. de compens. §. in bonæ.* 30. *Inst. de action.* Cæterùm si quid depositario per causam & occasionem rei, quam custodiendam acceperat, abesse contigerit, poterit id consequi contrario judicio depositi, quo ultrò de indemnitate

sua cum deponente ei experiri licet, *l. 5. ff. de pos.* Sed quid si depositarius impensas in rem depositam fecerit, poteritne ob hanc causam depositum retinere, donec refundantur, & siquidem utiles tantùm fecerit impensas, vix id admiserim; cùm ad officium depositarii non pertineat hujusmodi sumptus facere: nec puto posse eum contrario judicio has impensas petere, *arg. l. un. §. taceat. 5. vers. sed nec ob impensas. C. de rei ux. act.* Cæterùm si necessarias fecerit, id est, tales, quæ nisi factæ essent, res aut interitura fuisset, aut deterior futura, propter hujusmodi impensas concedendam esse depositario retractationem rei depositæ affirmat Placentinus, Cynus, Bald. Salic. Castr. in *l. 11. C. depos.* quibus assentior. Moveor non una ratione. Primò inter omnes constat posse depositarium impensas necessarias petere & consequi, judicio contrario sive contraria depositi actione. Quicquid autem contrario judicio peti & obtineri potest, id etiam per retentionem servare potest, qui directo judicio convenitur, *l. in rebus 18. §. ultim. ff. commod. l. 15. §. 2. l. si is qui 59. ff. de furt.* At constare creditur, *l. ult. C. de comm.* ubi Imperatores negant prætextu debiti restitutionem commodati recusare posse: nam si hoc verum est, multò minus recusari ob eamdem causam poterit restitutio depositi, *arg. l. 11. C. depos. l. ult. C. de compens.* Sed nos non dicimus rem commodatam aut depositam, prætextu debiti ex diversa causa nati, posse retineri: verbi gratia, si commodator aut qui deposuit, decem ex causa mutui debeat commodatario aut depositario, posse eos obtentu hujus debiti restitutionem corporis commodati aut depositi recusare, quod vetant Imperatores in *d. l. ult. C. commod.* quippe quo casu nec locus est contrario accommodati aut depositi judicio: & generaliter tenendum est, non posse creditorem, cui sine pignore pecunia debetur rem debitoris pro eo, quod sibi debetur, retinere, *l. un. C. etiam ob chirogr. pec.* Donell. *in d. l. ult. n. 3. & seqq.* Cujac. *in not. ad § in bonæ 30. Inst. de Act.* qui tamen alibi pro *commodati in d. l. ult.* vult reponi *commodati, lib. 9. obs. 37.* quanquam perperam, quo nunc omitto, *vide* Gilbert. *Reg. lib. 5. opin. c. 14.* Sed hoc dicimus, posse commodatarium, aut depositarium, id quod contrario judicio consequi possunt, (possunt autem eo judicio consequi quod occasione ejusdem contractus iis abest, & vel maximè impensas necessarias) etiam posse per retentionem rei, quasi quæ pignoris loco sit, servare *l. 15. in fin. ff. de furt. l. si quis rem. 20* & ibi Gothofr. *ff. de acq. poss.* Deinde cessat hîc plane ratio, ob quam Justinianus compensationem & retentionem in causa depositi prohibet, scilicet suspicio & præsumptio perfidiæ, quæ nulla esse potest, ubi necessariæ impensæ factæ sunt. Quid quod tacitè id actum videri debet, ut depositarius has impensas faciat, cùm sine iis futurum sit ut res pereat? Denique, impensæ necessariæ quodammodo partem rei constituunt, & tantum de re, in quam fiunt, detrahere videntur, quantum in eam impensum est, ut proinde & jus aliquod in re tribuant facienti, *arg. l. plane 38. ff. de hæred. petit. l. 5. ff. de impens. in rem. dotal. fact.* Quamobrem non obstant constitutiones Justiniani in *d. l. 11. C. depos. & l. ult. C. de compens.* quibus depositarius non solùm jubetur confestim reddere depositum, sed etiam ut reddat sine ulla exceptione aut defensione, quæ ad compensationem vel retentionem spectet. Nam textus isti accipiendi sunt de compensatione vel retentione, quæ fit ex diversa causa, & ad illos casus pertinent, in quibus depositarius jus in re non est adeptus, quod consequitur per impensas necessarias, quo casu quasi pignoris loco res esse incipit, *l. creditoris 15. §. 2. ff. de furt.* Dissent. Donell. *in d. l. 11. n. 9. C. depos.*

CAPUT LII.

An præter dolum etiam culpam, & quam culpam præstet procurator seu mandatarius?

QUi negotia aliena mandatu domini gratis gerenda suscepit, is in jure nostro & apud bonos auctores procurator appellatur: sive negotia illa sint forensia & judicialia, sive quævis alia extrajudicialia, *tit. ff. & C. de procur. & mand. vel cond.* Interpretes vulgo etiam mandatarium vocant, præsertim eum, qui negotia administrat extrajudicialia: procuratoris autem nomine eum ferè intelligunt, cui commissæ lites & negotia forensia. Cujus rei causam esse puto, quod jam à multis annis procuratores appellari cœperint ii soli, qui mandatum ad agendum & lites exercendas habent. Cæterùm nomen mandatarii non memini me vel apud nostros vel apud alios auctores legisse. Non ideò tamen abstinebo eo nomine, sed utroque utar promiscuè, ne nimia verborum curiositas mihi objiciatur. Neque verò etiam omnem qui mandatum suscepit, velim procuratorem appellare, verbi causa non eum qui mandatu meo pro me fidejussit. Jam ut ad rem propositam veniam, quæri solet.

solet circà obligationem procuratoris sive mandatarii de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat?

De dolo & lata culpa non dubitatur. Nullus enim contractus est, qui dolum malum non recipiat, sive in quo non præstetur dolus, *lib.* 5. §. 2. *ff. commod. l. contractus* 23. *ff. de reg. jur.* & sicut dolus in omnibus contractibus præstatur, ita placet & latam culpam in omni contractu præstari, quia dolo & fraudi proxima est, & juris interpretatione dolum repræsentat, *l. si fidejussor.* 29. *ff. mandat. l. quod Nerva* 32. *ff. depos. l.* 7. §. 1. *ff. de suspect. tut. l.* 1. §. *is quoque* 5. *ff. de oblig. & act.* cum similibus. Undè est, quòd quotiescunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur etiam si in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolus notetur particulis taxativis, *solum, tantum, duntaxat*, ut in *d. l.* 5. §. 1. *ff. commod. l.* 1. § *ult. ff. depos. & d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* ubi depositum & precarium dicitur dolum duntaxat recipere: non ideo tamen lata culpa excluditur, *dict. l. quod Nerva* 32. *ff. depos. l.* 1. *C. eod. l.* 8. §. 3. *ff. de precar.* Omnis igitur controversia hìc est de culpa levi, & maximè de culpa levissima, quæ passim in jure nostro per oppositum indicatur, nempè verbo diligentiæ, quo summa significatur & exactissima, *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. §. *sæpe* 35. *ff. de posc. d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* Dixeris præter præstationem doli & culpæ latæ sive dolo proximæ nihil à procuratore exigendum videri, secundùm primam definitionem Ulpiani, *d. l.* 5. §. 5. *commod.* esse enim procuratorem similem depositario, seu ei qui rem gratis custodiendam accepit: utrumque esse enim beneficii debitorem, & contemplatione alterius, illum rem gerendam, hunc custodiendam suscipere, & quod deponenti imputari potest, quod negligenti amico rem custodiendam tradidit, *l.* 1. §. *is quoque* 5. *ff. de oblig. & act.* idem imputari posse & mandatori, quòd negligenti amico rem gerendam commisit. At depositarium præter dolum & culpam latiorem nihil præstare. Cæterùm hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos locos, quibus expressè traditum est, mandatarium, non tantùm de dolo, sed etiam culpæ nomine teneri, *l.* 8. §. *ult. ff. mand. l.* 11. *Cod. eod. l.* 23. *ff. de reg. jur.* & apud Licin. Rufinum. in *collat. leg. Mosaic. & Roman. tit. de depos.* hæc verba Modestini referuntur: *In mandati judicio dolus & culpa præstatur.* Certum autem est, verbo culpæ absolutè posito aut dolo opposito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire: sic enim disertè scriptum est in *l. à procuratore* 13. *C. de mand.* à procuratore dolum & omnem culpam præstandam esse, solum casum improvisum non præstandum. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses, non ad alios aut quemvis mandatarium; utique ad quemvis mandatarium & omnem procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re mandata C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, necquicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in ea pro Roscio Amerino, ubi de judicio mandati disserens, ait in minimis etiam rebus teneri, qui res mandatas non modò malitiosius, verùm etiam negligentius gesserit. Atque hæc causa est, cur Ulpianus in *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod.* ad declarandam primam regulam exemplo depositi, non etiam mandati utatur, & facit huc etiam, *l. si mater* 24. *C. de usur.* Cur ergo in mandato recedimus à regula, quam in deposito servari placet. Nimirùm ideò, quoniam cùm in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere, & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur, quod non convenit deposito: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide duntaxat opus est. Ex quo jam intelligimus, mandatarium non esse comparandum cum quovis depositario: sed cum eo depositario solum rectè comparari mandatarium, qui ultrò se deposito obtulit, quem placet omnem culpam præstare, & summam rei custodiendæ adhibere diligentiam, non alia de causa quam quod ultrò se deposito offerendo de diligentia sua & solerti custodia promittere videatur, *l.* 1. §. *sæpe* 35. *ff. depos.*

Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati qua modò mandantis, modò mandatarii seu procuratoris, modò utriusque utilitatem respicit; proptereà quòd hæc distinctio in commodato probata est *l.* 5. §. 2. *vers. commodatum autem junct.* §. *interdum* 10. *l. in rebus* 18. *in fin. pr. commod.* Nempè ergo, si his credimus, ubi mandatum solius procuratoris gratia intervenerit, dolus duntaxat & culpa lata præstabitur: ubi utriusque gratia, etiam culpa levis: ubi solius mandatarii, etiam levissima. Sed profectò talis distinctio in mandatum cadere non potest; neque quicquam mandato cum commodato hìc commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit, §. *tua tantum* 6. *Instit. de mandat.* mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippè cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenùs negotium quod gerendum suscepit,

ad alium pertinet, *d. §. 6. & l. 2. §. ult. ff. eod.* ut proindè de obligatione mandatarii circa prædictas præstationes quæritur, mandatarius tantùm considerari debeat, ut rem alienam gerens, quomodo etiam consideratur in *l. in re mandata 21. C. eod.* Planè in iis, quæ negotium commissum consequuntur, bonam fidem præstare, culpaque & fraude carere sufficit: uti & cùm non administratio commissa, sed negotium mandatum quod industriam non requirit, veluti fidejussio per *l. 8. §. ult. l. 10. pr. l. si fidejussor. 29. §. quædam tamen 4. ff. eod.*

CAPUT LIII.

An pactum de inæqualibus lucri & damni partibus inter socios valeat, ubi æqualis est operæ & pecuniæ collatio?

IN coëunda societate facile admissa est hæc conventio, ut ad unum duæ partes & damni & lucri pertineant, ad alterum tertia; idque propter analogiam inæqualitatis partium, tam in damno, quàm in lucro, §. 1. *Inst. de societ.* Imo vix inæqualitatem habere videtur talis conventio: quoniam incertum est, lucrum, an damnum ex communi negotiatione perventurum sit: neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt. Illud verò difficulter admissum est, ut partes lucri & damni dispariliter constituerentur, veluti si convenerit ut unus lucri partes duas, damni unam tantùm, alter duas damni: tertiam lucri ferret. Nam Quinto Mutio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed à Servio Sulpitio admissa est: cujus sententia prævaluit, teste Justiniano §. 2. *Inst. de soc.* Cæterùm Sulpitius non tam improbasse videtur sententiam Mucii, quàm temperasse: & nimirùm, quod Mucius simpliciter dicebat, iniquam esse hanc pactionem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ, quod etiam fortè solum consideravit Mucius: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantùm, alter operam simul cum pecunia confert: imo justum esse hunc meliore conditione in societatem admitti, *d. §. 2. Inst. de societ.* Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demùm ratum est, cùm inæqualis est collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ & industriæ: quam distinctionem & Ulpianum probare evidenter arguit responsum ejus *in l. si non fuerint 29. ff. pro soc.* Atque ità olim contra Joannem Azo disputavit, cujus sententiam Interpretes comm. ad *d. §. 2. & ad. d. l. 29.* secuti sunt, Donell. *ad l. 1. C. pro soc. n. 23.* Gomes. *2 var. resol. 5. n. 5.* Mantic. *lib. 6. de tac. & ambig. conv. tit. 4. n. 9. & seq.* Christin. *vol. 3. decis. 51.*

Sed ut verum fatear, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio aliquid operetur præter naturam ordinariam contractûs, *l. contractu. 23. ff. de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia apertè Azonis sententia refragatur, quod generaliter definit Justinianus in §. 1. *Instit. de societ.* si partes expressæ fuerint, has servari debere: hoc enim & de partibus inæqualibus in collatione inæquali: & de partibus inæqualibus in collatione æquali accipiendum esse argumento est, quòd in collatione inæquali, etiam si de partibus nihil convenerit, partes inæquales tacitè constitutæ intelligantur, nempè pro rata ejus, quod quisque contulit, per *l. 6. l. Mucius 30. l. quid enim ff. pro societ.* secundùm quod Aristoteles *lib. 8. Etic. ad Nicom. in fin.* ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ inquit, πλεῖω λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλεῖω. Etsi verò hac ratione inducitur aliqua inæqualitas: non video tamen cur non possit expressa conventione id effici, cùm non planè tollatur lucri communio, in qua consistit societatis substantia. Et quamvis in totum donationis causa societas non rectè contrahatur, *l. 5. §. 2. ff. eod.* dubitandum tamen non est quin non minùs ex parte donationis causa contrahi possit, quàm emptio, venditio, *l. si quis 38. de contr. empt.* quod & Mantica *ubi supr. n. 19.* videtur admittere. Quapropter existimandum potius est Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati prosit, quàm alterius: de quo tamen in singulis personis inquirendum non sit, cùm ad æquitatem pacti quod contra Mucium admittit, defendendum, sufficiat id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliam fuisse mentem Ulpiani eumve nimiam duntaxat improbasse inæqualitatem in *d. l. si non fuerint 29. ff. pro soc.* Ut ut verò sit, usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angelum Porcium & alios testatur Wesembecius ad *§. 2. Inst. de soc. & in parat. ff. eod. numero 7. add.* Menoch. *2. arb. jud. quæst. cas. 125.*

CAPUT LIV.

An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo sit?

Etiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, *l.* 1. *C. pro soc.* & ita quidem, ut Justinianus ait in §. 2. *Inst. eod.* ut lucrum inter eos commune sit; quoniam sæpè opera alicujus tanti est, quanti pecunia, juxta illud Plauti in *Asin.*

Par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia.

Quod autem de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & similibus intelligi debet, *l. si non fuerint* 29. § 2. *ff. eod.* Possunt igitur duo societatem sic coïre, ut unus pecuniam conferat, undè merces emantur, & negotiatio exerceatur: alter operam duntaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat, vendat, ut sic deindè lucrum commune sit. In quo genere societatis quæsitum est, an etiam sors seu pecunia quam alter contulit, communis fiat, & finita societate cum altero, qui solam operam præstitit, sit dividenda? An verò is qui contulit, eam percipere debeat, & id solùm, quod superest, inter socios dividi? Et Cynus, Baldus, Castrensf. Sichard. Donell. *& comm. DD. in l.* 1. *C. pro soc.* Fachin. *lib.* 2. *controv. c.* 94. Perez *ad tit. C. pro soc. n.* 8. *& seqq.* Gaill. *lib.* 2. *obs.* 24. *n.* 6. Tulden. *ad Inst. de societ. c.* 3. respondent pecuniam hanc minimè communicari, ideoque totam ad eum redire debere, qui eam contulit, & solius lucri, quod factum est inter socios divisionem fieri. Rationem hanc afferunt, quod in proposita specie non ea videatur esse mens societatem coëuntium, ut pecuniæ collatæ proprietas communicetur, sed ut usus operæ cum usu pecuniæ compensetur, & lucrum ex utroque percipiendum commune sit: sufficere enim debere socio operanti, quod lucrum capit ex negotiatione, quod lucrum facturus non esset sine pecunia socii. Et quod alias summa inter socios exurgeret inæqualitas, eo quod is qui pecuniam contulit, si fortè finita societate præter sortem nihil supersit, duplici incommodo afficeretur, scilicet, quod & dimidium sortis collatæ amitteret, & nullum ex pecunia sua fructum, quem aliàs consequi potuisset, perciperet. Porrò pro firmamento hujus sententiæ afferuntur duo loci. Primus est Ulpiani in *l. cum duobus* 2. §. 2. *vers. si in coëunda ff. pro socio.* Ubi cùm unus è sociis pecus suum alteri pascendum, vel agrum colendum dedisset in commune quærendis fructibus, pecus vel ager non communicatur, sed ejus manet, cujus anteà fuerat: ex eo enim quod in *fin. d.* §. 2. subjicitur, socium quoque culpam præstare debere, si rei communi nocuit, rectè colligitur, priùs actum fuisse de re non communi. Alter locus est Justiniani in §. 2. *Inst. de societ.* ubi ait ita posse coïri societatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Ecce hîc pecunia collata non fit communis, sed lucrum tantùm, quod ex negotiatione secuta factum est, communicatur, neque huic sententiæ, quod simpliciter scriptum est in *l.* 1. *C. pro socio*, uno pecuniam, altero operam conferente societatem posse contrahi: nam & pecuniæ collatio, & operæ cum ea comparatio ad usum duntaxat pecuniæ, & utilitatem quæ non modò ex pecunia, sed etiam ex opera & industria percipi potest, referenda sunt. Perez. Donell. *ubi supr.*

Ex hac autem quæstione nata est & altera: utrùm in hujusmodi specie societatis damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. Et superiori sententiæ omnino consequens est, damnum hoc ad eum ex sociis pertinere tantùm, qui pecuniam contulit. Nam si pecunia collata non fiat communis, sed dominium ejus apud conferentem maneat, juxtà sententiam superiorem, etiam periculum amissionis pecuniæ ad eum solum pertinebit: cùm utique res pereat suo domino, *l. pignus* 9. *C. de pign. act.* & qui operas confert, non intelligatur se obligare voluisse ad damnum sortis, cum sufficiat, eum damnum sustinere operarum: cumque sortis nullum sentiat commodum, nec incommodum sentire debeat. Ad hæc, si dicamus damnum debere esse commune, magna induceretur inæqualitas: quippè qui operam confert, duplici afficeretur incommodo, quod & operam amitteret, & præterea sentiret partem damni in pecunia amissa: alter verò non totam sortem amitteret, sed partem solummodò. Quibus & hoc accedit, quod, posito damnum commune esse, is qui pecuniam confert, nullum periculum subiret sortis in totum amittendæ quod genus societatis prope abesse creditur à fœnore & usuraria pravitate, per *C. plerique* 14. *quæst.* 3. Panorm. *in C. per vestras de donat. int. vir.* Ita post. Accurs. Cyn. Bald. Angel. Castrensf. Fachinæus *l.* 2. *controvers. cap.* 95.

Cæterùm, etsi hæc magnam viri speciem habent, non tamen ita simpliciter ad superiores quæstiones respondendum videtur: in omnibus enim negotiis primum inspiciendum est, quid actum sit, *l. semper* 34. *ff. de reg. jur. l.* 3. *ff. de reb. cred.* Et si quidem nominatim in coëunda socie-

(N) 2

tate cautum fuerit, ut lucri tantùm, quod ex quæstu pecuniæ & operæ mutuò collatæ descenderet, communio esset, certum est pecuniæ ab uno collatæ non induci communionem, ut in specie, *l. cum duobus* 52. *§.* 2. *vers. si in coeunda. ff. pro socio*, sicut ex contrario nemo dubitat, quin si expressè convenerit, ut pecunia communicaretur, ea communis quoque fiat. Quòd si de eo dubitetur, inspiciendum erit, quid tacitè & verisimiliter actum videatur. Non uno enim modo pecuniæ & operæ collatio fit, sed duplici. Nam aut comparatur opera cum solo pecuniæ collatæ usu: quo casu verum est sortem domino perire; & si salva est, domino salvam esse: aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ: quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In prima specie comparatur cum opera non sors, sed periculum amittendæ sortis, & lucrum quod probabiliter ex ea sperari poterat. In altera operæ pretium habendum quasi sorti adjectum, & pro eo quod valet, in ipsa sorte partem habere debet qui operam præstat. Atque hinc jam ad superiores quæstiones quid respondendum sit, facilè intelligitur. Fingamus itaque unius operam atque industriam tantumdem valere, quantùm alterius pecunia, ut non usui tantùm pecuniæ collatæ respondeat, sed etiam dominio: nullaque alia conventione interposita casu factum, ut finita societate, præter sortem ab uno collatam, nihil supersit: dico hîc eum, qui operam æquivalentem sorti impendit & perdidit, in partem sortis admitti debere, quasi id tacitè actum sit: ne alioqui unus è duobus qui paria contulerunt, totum quod contulit amittat; alter salvum habeat, & spe lucri tantùm frustretur. Fac. *l. si id quod* 58. *pr. & §.* 1. *l. cum duobus* 52. *§. quidam sagariam* 4. *ff. pro soc.* & ità cape Glossam in *l.* 1. *C. eod. tit.* quam Bartolus commendat, licet plerique improbent. At ex contrario, si opera unius tantùm respondeat usui pecuniæ ab altero collatæ, id actum videri debet, ut dominium pecuniæ collatæ in solidum apud conferentem maneat, & lucri solius, quod ex usu pecuniæ unius & industria atque opera alterius speratur, communio sit: ac proindè hoc casu etiam damnum pecuniæ amissæ totum ad conferentem pertinet, per ea quæ suprà. Priore autem casu, cùm pecunia communis fiat, & pretium operæ quasi sortem augeat, periculum hoc utrumque spectare videtur, & utrique partem petire tùm pecuniæ tùm operæ. Ita post Petrum à Perusio qui Judicis prudentiam hîc desiderat, Covar. *lib.* 2. *variarum resolut. cap.* 1. *num.* 2. quem laudat & sequitur Grotius *lib.* 2. *de jur. bell. & pac. c.* 12. *n.* 14.

CAPUT LV.

An in emptorem hæreditatis transeat jus accrescendi?

NOn tantùm corporis emptio est, sed etiam juris, puta hæreditatis, actionis seu nominis debitoris, *tit. ff. & C. de hæred. vel act. vend.* Et emptori juris etiam ante cessionem datur utilis actio in rem, si hæreditas vel actio vendita sit, *l. cum emptore* 16. *ff. de pact. l. ult. C. de hæred. vel act. vend.* quamvis emptori corporis ante traditionem nulla sit in rem actio. Et licèt venditor corporis teneatur de evictione, venditor tamen hæreditatis aut nominis evictionem non præstat: sed satis est, si præstet hæreditatem esse; nomen esse quale quale *l.* 4. *l. qui filiifam.* 14. *§.* 1. *ff. de hæred. vend. l. si plus* 74. *§. ult. ff. de evict.* Cui consequens est, nec remedio, *l.* 2. *C. de resc. vend.* in venditione hæreditatis aut nominis esse locum. Cùm autem emptor hæreditatis vicem hæredis obtineat, eique restituendum sit, non solùm quod jam ad hæredem ex ea hæreditate pervenit, sed & quod quandoque pervenerit, *l.* 2. *§. non tantum* 4. *& §. cum quis* 18. *ff. de hæred. vend.* quæsitum est, an in emptorem hæreditatis etiam transeat jus accrescendi. Ponamus L. Titium hæredem scriptum esse ex triente, aut hæreditatem legitimam pro triente L. Titio delatam, eumque hanc suam hæreditatis partem vendidisse Gajo, Sejo. Quæritur si cohæredes L. Titii portionem suam repudiaverint aut aliàs defecerint, portio defecta ad L. Titium jure accrescendi pertineat, an ad Gajum, Sejum, emptorem hæreditatis L. Titio pro parte tertia delatæ, & ab eo venditæ. Duplex autem hîc quæstio moveri potest, quæ tanquam una confusim à plerisque tractatur, an ipso jure & recta deficientium portiones accrescant emptori; sin minùs, an non saltem venditor, quod sibi accrevit emptori præstare teneatur actione ex empto. Quantum attinet ad quæstionem priorem, planè negandum est emptori quicquam directò accrescere. Quippè juri accrescendi tantùm locus est inter cohæredes, seu hæredes ejusdem hæreditatis, ut constat ex omnibus locis, qui de hoc jure loquuntur: at emptor hæreditatis neque à testatore, neque à lege ad partem aliquam hæreditatis vocatur, neque fit hæres; sed venditor hæres manet, *l. ei qui* 88. *in fin. ff. de hæret. Instit.* Et quod notandum est, ut soli ei

qui ex parte aliqua hæres extitit, sive ex testamento, sive lege ab intestato, deficientium portiones accrescunt, ita & invito accrescunt & ignoranti, & denique semper cum onere suo, æris videlicet alieni & legatorum: quod onus vendendo vitari non potest, *l. hæredi* 31. *l. ex duabus* 53. §. 1. *ff. de acquir. hæred. l.* 9. *ff. de suis & leg. hæred. l. un.* §. *his ita definitis* 10. *C. de cad. toll.* Nec verò putandum est emptorem hæreditatis similem esse ei, cui ex Trebelliano senatusconsulto pars hæreditatis restituta est: hic enim ex voluntate testatoris venit, emptor non item. Quid quod nec in fideicommissarium Trebellianum, quamvis juris successor sit, jus accrescendi transit. Nam si hæres rogatus semissem, ex quo institutus est, restituere, portionem suam sponte adiit & restituit, deficientis postea cohæredis portio non fideicommissario, sed hæredi fiduciario accrescet, ut rectè Cujac. *lib.* 12. *obs.* 12. & 13. Ant. Fab. *dec.* 50. *err.* 4. censent. Etsi enim fideicommissarius Trebellianus juris successor dicitur & hæredis loco esset respectu testatoris, propterea quòd ad exemplum hæredis succedit in omnia jura defuncti, & quæ à defuncto in hæredem sunt translata, non tamen succedit in jus omne ipsius hæredis, non in id jus, quod beneficio legis potius, quàm ex voluntate defuncti hæres habet, quale est jus accrescendi, quippe quod habiturus esset etiam testatore invito: alias fideicommissarius non loco hæredis, sed hæres hæredis esset. Non offendor *l. Papinianus* 43. *ff. ad Senat. Trebell.* quia loquitur de eo qui compulsus adiit, non qui ultrò & sua sponte. Nec tamen dicit portionem deficientis accrescere fideicommissario, sed hæredi: at non manere apud hæredem. Constat autem eum qui coactus adiit, & quantùm in se fuit irritam fecit voluntatem defuncti, perinde habendum ac si irritam fecisset eique lucrum omne auferri, quod vel habuerit vel potuerit non tantùm ex testamento, sed etiam occasione testamenti, haud secus ac si hæreditatem non adiisset, *l. ita tamen* 27. §. 2. & §. *si præceptis* 14. *ff. ad senat. Trebell.* Et licet post restitutionem nihilominus hæres ipse jure maneat homo, tamen, quia periculo & commodo alieno adiit & id egit, ne hæres esset, *l.* 4. *ff. eod. tit.* in iis, quæ ad ipsius commodum spectant, pro non hærede habetur, ut proinde commodi nihil apud eum remaneat, quod laturus non fuisset si hæreditatem non adiisset. Quòd si hic hæres ex parte scriptus sponte, non coactus hæreditatem amplexus esset, haud dubiè aliud Papinianus & Ulpianus in *dict. l.* 43. *ad senat. Trebell.* respondissent, nempe portionem deficientem non modò accrescere hæredi, sed etiam apud eum manere, cùm nihil obstet quominus maneat. Et est hæres, qui compulsus adiit, respectu emolumenti non absimilis ei cui tanquam indigno eripitur hæreditas eo quod tacitè cavit se hæreditatem restituturum incapaci, qui plane commodum omne, quod alias ex testamento aut occasione testamenti consecuturus fuisset, amittit, & consequenter etiam jus accrescendi, *l. si totam* 83. *ff. de acquir. hæredit.* Ut autem ad emptorem hæreditatis revertamur, unum est quod maximè pro eo urgent alii, nempe responsum Papiniani in *l. si Titio* 33. §. 1. *in fin. ff. de usufruct.* ubi Papinianus Juliani sententiam refert & probat, dicentis, portionem fundi, velut alluvionem portioni, personæ fructum accrescere: unde dicendum videtur deficientium hæredum portiones non hæredi, qui suam portionem vendidit, sed emptori, qui eam habet, accrescere debere. Respondeo non simpliciter Papinianum aut Julianum jus accrescendi attribuere portioni, quasi portioni, competat, eamque sequatur, apud quemcumque ea sit, sed personæ ejus, sive hæredis, sive legatarii, qui portionem suam agnovit & obtinuit ex voluntate testatoris ad differentiam scilicet ejus, cui conjunctim cum alio ususfructus ejusdem rei legatus est, qui etiam jus accrescendi habet, quamvis partem suam non agnoverit, *l.* 1. §. 3. *ff. de usufruct. accres.* Nulla autem ratio dari potest, cur magis hæres vendita portione hæreditatis sibi acquisitæ jus accrescendi amittat, quàm unus è legatariis ejusdem rei vendita parte sua. Sunt, qui respondent hæredem hoc ipso, quod pretium consecutus est, videri adhuc portionem ipsam habere, pretiumque in locum rei succedere, & portionem venditam repræsentare, per *l.* 4. *ff. si quis omiss. ca. test. l. si ususfructus* 35. §. 1. *ff. de usufruct.* Sed quia hæc responsio non tollit totam difficultatem, (quid enim, si hæres partem suam alteri non vendiderit, sed donaverit, an quia pretium non habet, ideo donatario potius quàm ipsi jus accrescendi tribuendum erit?) malim dicere cum Ant. Fabro, *dec.* 50. *err.* 5. Bachov. *ad Treutl. disput. de empt. & vend.* illud ipsum jus, quod etiam vendita hæreditate penes hæredem manet, loco portionis fungi, nisi & hoc ipsum vitietur, & hæres ex causa privetur omni commodo, quod alias beneficio legis aut ultimæ voluntatis consecuturus fuisset: quod contingit tum ei qui coactus alieno periculo adit, *l.* 4. *ff. ad senat. Trebell.* tum cui, ut indigno, hæreditas aufertur. Atque hæc vera & adæquata ratio est, cur in specie *l. si totam* 83. *ff. de acquir. hæred.* hæredi, qui clam fidem suam accommodavit, ut incapaci hæreditatem restitueret, nihil debeat accrescere, id est, ita accrescere, ut apud eum maneat: quoniam & illud quod accrevit, ei tanquam

ministro fraudandæ legis aufertur, & fisco vindicatur, *l.* 1. *l.* 3. *§. Imperator* 43. *ff. de jur. fisc. l.* 1. *C. de delator.* Illa autem ratio quam Ulpianus in *d. l. si totam*, affert, *quia rem non videtur habere*, minus accurata est, nec ad omnes pertinet casus, non ad casum hæreditatis venditæ, aut restitutæ capaci ab eo, qui sponte adiit. Nec verò semper & ubique veteres exactis rationibus, & quæ ad casus omnes, etiam de quibus fortè non cogitarunt, accommodari possint, utuntur. Et alioqui sequeretur necessariò neque eum hæredem, cujus portio legatis exhausta est, integra legata solventem, ut pleniore officio fidei fungatur, jus accrescendi habere: quod tamen nemo, ut opinor, dixerit.

At hoc jam posito, portione deficientium hæredum non emptori hæreditatis, sed hæredi, qui suam portionem agnovit & vendidit, accrescere, amplius adhuc quæri potest, an non saltem hæres idemque venditor, quod ei postea accrevit, emptori actione ex empto teneatur restituere. Hæc enim inter se non pugnant, non accrescere emptori, & nihilominus quod venditori accrevit, emptorem ex contractu posse petere: si enim licet actiones directæ penes venditorem maneant, quicquid tamen exegit venditor, id emptori debet restituere. Et cùm quasi per aversionem jus omne quod hæres habet, venditum videatur, quo commoda & incommoda omnia continentur, non omnino sine ratione colligat aliquis etiam jus accrescendi ea venditione comprehensum. Denique cùm emptor periculum sustineat nominum hæreditariorum, non iniquè vicissim sibi asserere videtur lucrum accretionis. Cæterùm licet hæc, nec sine specie, disputari possint, ego tamen ne illud quidem emptori hæreditatis concedendum puto, ut commodum quod occasione juris accrescendi ad hæredem postea pervenit, ei extorquere possit. Etenim cardo totius hujus quæstionis in eo potissimum vertitur, an hoc inter contrahentes actum intelligi debeat, ut etiam commodum hoc accretionis ad emptorem transiret, utique enim si hoc actum non sit, non transibit, cum actus agentium non extendantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis* 19. *ff. de reb. cred. l. semper.* 34. *ff. de reg. jur.* Jam verò non est credibile de eo cogitatum aut inter contrahentes actum esse, quod an ad venditorem perventurum aliquando esset, & venditor & emptor ignorabant: sed non nisi pars jam actu quæsita vendita censeri debet, nec alia quam illa ipsa & sola, ex qua hæres institutus venditor fuit, & quam aditione acquisivit: id, inquam, solum, quod tempore venditionis jam hæredi competebat, ut & disertè responsum est in *l.* 2. *§.* 1. *ff. de hær. vend.* Et quæso, cùm pretium rei venditæ æqua proportione constitui soleat, *l. pretia rerum* 63. *ff. ad leg. Falcid.* an non absurdum & iniquum videri debet, si hæres sextante aut quadrante, ex quo institutus est, vendito, idque pretio valori rei ἀναλόγω sive proportione respondenti, cogeretur partem longè majorem, & fortè triplo aut quadruplo accrescentem, postea ad emptorem transferre? Illa autem quæ passim in *d. l.* 2. *ff. de hæred. vel act. vend.* occurrunt, quod venditum intelligatur jus omne hæredis; quod ad emptorem transeat, quantum penes venditorem est, vel quandoque ad eum perventurum est; quod emptor vicem hæredis obtinet: accipienda sunt de parte ipsa vendita, de qua sola inter contrahentes actum est. Hæc in effectu & Jasonis & Ripæ in *l. re conjunct.* 89. *ff. de legat.* 3. *&* Salic. *in l. un. C. quand. non pet. part. &* Gomes. 1. *var. resol. c.* 10. *n.* 44. *&* Fachin. 5. *contr. c. ult.* sententia est, Diss. Bart. *in d. l. re conjuncti* Duar. *lib.* 2. *de jure accres. c.* 5. *&* Papillon. *in tract. de jur. accres.*

CAPUT LVI.

An beneficium l. 2. C. de resc. vend. *competat venditori non ignoranti valorem rei venditæ?*

QUamvis in pretio rei venditæ naturaliter liceat contrahentibus se invicem circumvenire, dummodò absit dolus malus, *l. in causa* 16. *§. idem Pomponius* 4. *ff. de minorib. l. item si pretio* 22. *§. ult. ff. locat.* est tamen hujus regulæ exceptio in *l.* 2. *C. de resc. vend.* ubi ea sic restringitur, ut non procedat, si læsio excedat dimidium justi pretii, tunc enim placet rescindi venditionem, etiamsi nullus dolus intervenerit: quippe cum non ex quantitate pretii, sed ex qualitate facti dolus æstimetur, *l. dolus emptoris* 8. *C. eod. tit.* Igitur si quis v. c. fundum vendiderit centum aureis, qui tempore contractus communi æstimatione valebat ducentos & vigenti aureos, is oblata pretii quod acceperit, restitutione petere potest, ut venditio rescindatur, & res vendita sibi restituatur: aut si malit emptor rem retinere, ut suppleat quod justo pretio deest *d. l.* 2. *C. de resc. vend.* Quæsitum vero est, an id beneficium etiam ei dandum sit, qui valorem rei suæ scivit. In qua quæstione assentior Bartolo, Baldo, Saliceto, Castrensi, *in d. l.* 2. Menoch. *cons.* 562. Diod. Tuldeno *ad C. tit. de resc. vend. num.* 4. negantibus dandum esse, contra Alberi-

cum de Rosate *in d. l. 2. num. 12.* Pinellum *p. 1. c. 1. num.* 10. Fachin. 2. *contr. c.* 20. Rationes hujusce assertionis nostræ hæ sunt. Quia nemo lædi aut injuria affici intelligitur, qui scit & consentit, *l. nemo* 145. *ff. de reg. jur. l. venditor* 11. *C. de resc. vend. l. si minor.* 9. *C. de act. empt.* 2. Quia videtur donationis causa minoris vendidisse, nam ubi errore interveniente daretur repetitio, ibi quod consulto & à sciente fit, donari intelligitur, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. jur. junct. l. si quis* 38. *ff. de contr. empt. l. cum donationis* 34. *C. de transact.* 3. quia qui scit & vult, similis est ei, qui jus & actiones suas remittit, *l. 1. in fin. de action. empt.* Postremò à parte hujus sententiæ stat textus rotundus in *l. 1. C. si major fact. alien fact. sine decr. rat. hab.* ubi expressè ei demùm, qui inconsulto errore lapsus est, in hac læsione succurrendum ad consultationem Liciniæ rescribit Imperator Gordianus.

Rationes, quibus in contrarium moventur Pinellus & Fachinæus, hæ sunt. 1. Quia Imperatores in *d. l. 2. C. de resc. vend.* beneficium hoc venditori suprà dimidium veri pretii læso concedentes non distinguunt, sciverit, an ignoraverit pretium rei suæ: at quam distinctionem lex non agnoscit, eam nec nos admittere oportere vulgatum est. 2. Quia hac distinctione admissa eluderetur beneficium legis; quippè quod ratio admodùm locum haberet: quoniam venditor præsumitur nosse vires & merita rei suæ: etiam prædii longè dissiti *l. quisquis* 15. *C. eod. tit.* 3. Quia beneficium legis non fundatur in dolo vel errore, sed in nimia inæqualitate, quæ utique societatem vitiat, absque discrimine scientiæ vel ignorantiæ, *l. si non fuerint* 29. *§. ult. ff. pro soc.* 4. Quia fieri potest, ut venditor necessitate rei familiaris urgente vel sciens tantò minoris rem vendat. Sed hæ rationes non efficiunt, ut à priori sententia, quæ & communis est, recedendum videatur. Nam primam quod attinet, præterquàm quod jam produximus locum, in quo disertis verbis, distinctio ista agnoscitur, nempè *l. 1. C. si major. fact. alien. fact. sine decret. rat. hab.* etiam ipsa *l. 2. C. de resc. vend.* eandem distinctionem non obscurè suppeditat; quoniam nemo sciens & volens lædi videtur: quæ regula utique etiam in venditione obtinet, *l. ea quæ commendandi* 43. *ff. de contr. empt.* At humanitati *d. l. 2.* causam dedit iniquitas læsionis. Atque hinc simul removetur & tertia ratio: nam etsi *d. l. 2.* non fundatur in dolo vel errore, fundatur tamen in injuria sive iniquitate, quæ nulla est adversùs scientem & consentientem, *l. nemo* 145. *ff. de reg. jur.* Quod verò regerunt, hoc tantùm pertinere ad tollendam actionem de dolo, vel injuriam, id cum locis suprà citatis tam manifestè pugnat, ut vel tyro id animadvertere queat: nihil præsidii habent in exemplo quod afferunt societatis leoninæ, id est, ex qua quis damnum tantùm, nòn etiam lucrum aut partem lucri exspectat: nam lucri communio ita naturalis est societati, ut sine ea nequeat societas consistere. Quòd si fortè putaverint, ne valere quidem conventionem de inæqualibus lucri partibus in sociorum æquali collatione, allucinati sunt; eumque errorem confutavimus *suprà c.* 52. Ac tametsi in societate id placeret propter naturam societatis, quæ æqualitatem desiderat, & jus quodammodò fraternitatis in se habet, *l. verum* 63 *pr. ff. pro soc.* non continuò id trahendum esset ad venditionem aut alios contractus; alioqui ipso jure nulla esset venditio, quando pretium non per omnia proportione responderet rei venditæ nec unquam liceret contrahentibus, quod pluris est, minoris emere; quod minoris, pluris vendere, & ità naturaliter in vicem se circumscribere, contra *l. item si* 22. *§. ult. ff. locat. l. in causæ* 16. *§. idem Pomponius* 4. *ff. de minorib.* Quod secundo loco allegant, admissa nostra eademque communi sententia futurum, ut rarissimè huic beneficio sit locus, eo quod venditos præsumatur non ignorare pretium suæ, ex *l. quisquis.* 15. *C. de resc. vend.* malè huc accommodatur: quia ea lex disertè loquitur de venditione paulò viliori pretio facta; neque hoc dicit præsumi scire venditorem, sed debere scire vires & merita rei familiaris: cujus tamen ignorantiæ ignoscitur, si ultrà dimidium læsus est. Postremò nec in necessitate venditoris rem suam urgente debito contrahentis contraria opinio fundari potest: id enim repugnat aperto textui in *l. non idcircò* 12. *C. de resc. vend.*

CAPUT LVII.

An locus sit beneficio l. 2. C. de resc. vend. *in transactione.*

Beneficium quod venditori, qui rem minoris dimidia justi pretii vendidit, tribuitur, *l. 2. C. de resc. vend.* ex adverso etiam emptori, qui duplo plus dedit, quàm accepit, dandum esse, facilè admiserim cum interpretibus contra Cujacium *lib. 19. obs.* 18. Quin etiam ad alios contractus venditioni similes humanitatem constitutionis transferendam esse, veluti locationem, permutationem, familiæ aut rerum divisionem, si quis duplo plus dederit, quàm accepit, aut duplo minus acceperit, quàm dedit. Neque enim

personæ beneficium est, sed causæ, hoc est, non tribuitur personæ venditoris, sed læsioni: quia læsus, non quia venditor. Quibus autem in causis eadem planè ratio est, in his idem jus statui oportet, estque hæc communis usuque forensi recepta sententia. Anceps autem & necdum communi consensu terminata quæstio est, an legis hujus beneficium ob enormem læsionem producendum sit ad transactionem? puta si quis dicat se duplo minus ex causa transactionis accepisse, quàm ei debebatur, aut quàm in petitionem deduxerat: Non una autem ratio me impellit, ut in eorum inclinem sententiam, qui id negandum putant. Primum illud me movet, quod transactio comparata est ad lites finiendas, *l. fratres* 12. *C. transact.* sicut & jusjurandum; cui transactio æquiparatur, *l.* 1. *& l.*2. *ff. de jurejur.* Undè consequens est, ut quemadmodùm dato jurejurando non aliud quæritur, quàm an juratum sit, omissa quæstione, an debeatur, *l.* 5. §. 2. *ff. de jurejur.* Ita quoque lite transactione bona fide sopita, nihil ampliùs quæri debeat, quàm an transactum sit: ne alioqui remedium finiendis litibus comparatum, earumdem fiat seminarium; in quam rem & textus est notabilis in *c.* 1. *ext. de transact.* Nec aliam rationem haberem credo; quod placuit ne principali quidem rescripto litem transactione legitima finitam resuscitari oportere, *l. causas* 16. *C. de transact.* Sed nec minorem auctoritatem habet transactio, quàm res judicata, *l. non minorem* 20. *C. de transact.* At verò res judicata prætextu læsionis, licet immodicæ non rescinditur, *l.* 4. *C. de re jud* Et porrò sicut ex causa judicati solutum non repetitur condictione indebiti, *l.*1. *C. de cond. indeb.* ità nec solutum ex causa transactionis, etsi debitum non fuerit, *l. in summa* 65. §. 1. *ff. de cond. indeb. l.* 6. *C. de jur. & fact. ign.* quid quod pecunia, quæ transactionis causa datur, non datur tanquam in præteritum debita; sed ob causam futuram, ne aliquid sequatur, *l. nec intentio* 23. *C. de transact.* quod apprimè notandum est. Et magna satis causa justaque est, cur detur, nempè ut à lite discedatur. *d. l. in summa* §. 1. *ff. de cond. indeb.* Gallorum proverbium est. *Il gagne assez qui se met hors de procès.* Adhæc nec ob reperta posteà instrumenta transactio rescinditur, *l. sub prætextu* 19. *C. de transact.* At quæ justior causa læsionis, aut quæ gravior læsio? Potest enim instrumentum ostendere jus integrum & liquidum, quod forté accepta decima parte remissum sit. In *l. Lucius Titius* 78. §. *ult. ff. ad senat. Trebell.* proponitur casus à Scævola quo reperta sunt instrumenta, ex quibus apparuit quadruplo ampliùs in hæreditate fuisse, quàm hæres fiduciarius ex causa fideicommissi restituerat: & tamen negat Scævola, si transactio intervenerit, ampliùs fideicommissi nomine peti posse. Non potest hic locus intelligi de transactione interposita postquàm jam instrumenta reperta essent, quomodò à nonnullis accipitur: alioqui non transactio ea, sed gratuita pactio & liquidi juris remissio esset. Ponamus verò posteà transactum esse, an ideo minùs audiendus, qui causabitur enormem læsionem? Adde quod apud Scævolam non illud quæritur, an rescindenda sit transactio propter instrumenta posteà reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hæreditate fuisse, quàm restitutum erat: sed illud tantùm, an in reliquum fideicommissi nomine hæres conveniri queat? Undè intelligimus tantò minus transactionem bona fide interpositam prætextu læsionis rescindi oportere, cùm ne id quidem Scævola admittat, ut si transactum sit, in reliquum fideicommissi nomine hæres conveniatur. Etenim transactione rescissa omnia in pristinum statum restituuntur; secùs verò est, cùm in reliquum duntaxat actio conceditur.

Unus locus est, qui huic sententiæ objici solet, nempè *l. si superstite* 5. *C. de dol.* ubi filiæ emancipatæ, quæ cum patre super causa gestæ tutelæ bona fide transegerat, ob immodicam læsionem actio in factum adversùs patrem datur. Ego verò non video, qua ratione ex isto loco colligi possit, transactionem bona fide ab utraque parte interpositam solo læsionis prætextu posse rescindi. Aiunt Imperatores, si filia immodicè læsa fuerit ex liberatione, quæ transactionem secuta sit, novatione & acceptilatione solemniter interposita, ei non quidem actionem de dolo propter paternam reverentiam, sed in factum actionem tribuendam esse. Hic igitur locus de alio casu accipi non potest, quàm quo immodica illa læsio intervenerit dolo patris, per fraudem liberatione filiæ expressa, & nimirùm quo casu si adversùs extraneum ageretur, de dolo competeret actio. Dolum legibus vindicari nemo negat: cæterùm & illud in confesso est de dolo agi non posse, nisi cum eo, in cujus persona dolus arguitur. Nam cùm hæc actio sit in personam simpliciter, non in rem scripta, atque adeò famosa (quam ob causam nec inter extraneos competit, si de ea re alia sit actio, *l.* 1. §. *pen. & ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiamsi alia actio non sit, *l. non debet* 11. *ff. eod.*) non aliter dari potest, quàm si persona designetur, cujus dolo malo factum sit, *l. sed &* 15. §. *ult. tit. eod.* nunquam alio colore, aut læsionis quantæcumque obtentu. Nam quod enormissima, ut à pragmaticis vocatur, læsio; verbi gratia, quæ ultrà bessem fit, dolum re ipsa inducat paremque cum

cum dolo ex proposito vim habeat, commentum est interpretum in *l. si quis* 36. *ff. de verb. oblig. vid.* Anton. Fab. *Cod. suo forens. tit. de transact. defin.* 3. Cur igitur constitutio objecta requirit læsionem immodicam? Respondeo, id non debet interpretationem recipere ex *l.* 2. *C. de resc. vend.* quippè cùm dolus non ex quantitate damni, sed ex qualitate facti æstimetur, *l. dolus* 10. *C. eod. tit.* nec unquam esse possit ἄνευ προαιρέσεως *l.* 1. §. 1. *ff. de dol. mal.* sed ideo adjectum est, quoniam si modica tantùm læsio interveniret, non facilè adversùs patrem actio illa in factum subsidiaria actionis de dolo daretur: quemadmodùm nec dari solet ipsa actio de dolo ob modicam summam adversùs alium quemlibet, *l. si quis* 9. §. *ult. cum l. seq. ff. de dol. mal.* ut benè. Ant. Fab. *dec.* 8. *err.* 10. Schifordig. *lib.* 2. *tract.* 25. ferè per tot. Porrò ratio cur actori qui transegit, beneficium hoc concedendum non sit, sita est in dubio litis eventu. Quid enim? fortè ei non debebatur, quod petebat. Et dato debitum fuisse quod petebatur, fortasse tamen probare non poterat: aut propter impensas dubium litis eventum noluit expectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æstimatio? Quæ dubia sunt, ea certam æstimationem non recipere ait Ulpianus in *l. quemadmodum* 29. §. 3. *ff. ad leg. Aquil.* Imò vix est ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æstimatio. Fatemur dubium eventum æstimari posse, *l. propter* 23. *ff. famil. ercisc. l. si factum* 12. *ff. de act. empt. l.* 11. *ff. de hæred. vend.* sed negamus dubii eventûs certam posse constitui existimationem, *d. l. quemadmodum* §. 3. *l. quod debetur* 51. *ff. de pecul.* ut proindè nec certa læsio dici possit, quæ ex hujusmodi eventûs dubii æstimatione inducatur; cùm tamen certam esse læsionem oporteat, & quidem inspecto præcisè tempore contractûs, ut huic remedio sit locus. Atque hanc eamdem ob causam rectè defenditur nec locum habere idem remedium in venditione hæreditatis aut nominis, cùm nec evictio hîc præstetur, *l.* 8. §. 1. *ff. de contr. empt. l.* 2. §. 3. *l.* 4. *l.* 11. *l. qui filiisa.* 14. §. 1. *ff. de hær. vend. l. si plus* 74. §. *ult. ff. de evict. l.* 1. *C. eod.* In reo autem transigente prima facie videri potest omnino non esse locum huic quæstioni: quippè cùm nemo plus dare soleat, quàm ab eo petitur: sed tamen & in reo transigente potest locum habere: nam etsi nemo plus solvit, quàm ab eo petitur: tamen dicere potest, se nihil aut duplo minùs quàm dedit debuisse, & nihilominùs ad vitandam litem, tantam se summam dedisse. Cæterùm nec reo hoc casu remedium, *d. l.* 2. *C. de resc. vend.* tribuendum erit. Nam cùm eodem casu cesset condictio indebiti, *l. in summa* 65. §. 1. *ff. de cond. ind. l.* 2. *C. eod. l.* 6. *C. de jur. & fact. ign.* quæ & ipsa ex humanitate, bonoque & æquo introducta est, *l. pen. ff. de cond. indeb.* utique & cessare debet remedium, *d. l.* 2. Non me latet Pinellum ad *d. l.* 2. *p.* 1. *c.* 3. *n.* 5. bonamque cum eo partem interpretum beneficium, *d. l.* 2. porrigere ad quoscumque contractus, etiam stricti juris, atque adeò ad ipsam quoque transactionem. Sed profectò beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate concessum, haud temerè ad stricti juris judicia producendum est: utique ad transactionem nequaquam, quæ ad liberationem & lites sopiendas comparata est: quamvis id quoque faciat idem Pinellus, *ibid. n.* 10. audaci sanè ut mihi videtur, interpretatione, & multarum litium semina continente, *vid.* Andr. Gail. 2. *obs.* 70. Damhoud. *prax. civ. c.* 200. *n.* 6. *& seqq.* Fachin. 2. *contr.* 26. Diod. Tulden. *ad tit. C. de resc. vend. n.* 5. Ant. Fab. *dec.* 8. *err. pragm.* 10. Don. *in d. l.* 2. *C. de resc. vend. n.* 22. Perez. *ad d. tit. C. n.* 14.





ARNOLDI VINNII, J.C. SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM LIBER SECUNDUS.

CAPUT PRIMUM.

Si conductor casus fortuitos in se susceperit, an id quoque ad casus insolitos pertineat?

CERTUM est casus fortuitos nullo in judicio præstari, ac ne in commodati quidem *l.* 5. *§. quod vero* 4. *ff. commod. l.* 1. *§. & ille* 4 *ff. de oblig. & act.* §. 2. *Inst. quib. mod. re cont. obl. l. contractus de reg. jur. l.* 6. *C. de pign. act.* quo postremo loco verba illa, *in nullo bonæ fidei judicio*, non sunt adjecta ad excludenda judicia stricti juris, *l. si ex legati* 23. *ff. de verb. oblig. l.* 5. *ff. de reb. cred.* sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum: nam si in commodato non præstatur casus fortuitus, multò minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quamvis contractus sit stricti juris. Conductor autem ex natura contractûs (quippè in quo tam locatoris quàm conductoris utilitas vertitur) ne quidem de omni culpa tenetur, sed de levi duntaxat, *d. l.* 5. § 2. *ff. commod. l.* 3. §. 1. *ff. naut. caup. stabul. l. in navem* 31. *in fin. ff. locat.* tantùm abest, ut de vi majore & casu teneatur, *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. locat. d. l. contractus de reg. jur.* Cæterùm natura contractûs conventione contrahentium mutari potest. Finge convenisse ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantùm, nec plus nec minùs, quàm placitum est, præstabitur: quamvis aliàs in illo dolus duntaxat, in hoc etiam omnis culpa præstetur, *l.* 5. §. 2. *& §. interdum.* 10. *ff. commod. l.* 1. §. *si convenit.* 6. *ff. de pos. l.* 1. *C. eod. d. l. contractus, de reg. jur.* Sed & si in negotio gerendo conventio interposita sit de casu præstando, scilicet ut debitorem damna fatalia sequantur rata est conventio: contractus enim legem à conventione accipiunt, excepto si placuerit, ne dolus præstetur *d. l. contractus, d. l.* 1. *§. illud. l.* 7. *§. sæpe* 35. *depos. l.* 6. *C. de pign. act.* Quamobrem & si quis ita fundum locaverit, ut si quid casu fortuito sive vi majore accedisset, hoc ei præstaretur, pacto standum est, *l. si quis* 9. §. 2. *ff. locat.* Est autem casus fortuitus id omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui præviso non potest resisti, *l. in rebus* 18. *pr. ff. commod. l. ex conducto* 13. §. 2. *ff. locat. l.* 1. §. 4. *ff. de oblig. &*

act. l. 6. C. de pign. act. Igitur hoc certi juris est, si convenerit, ut conductor etiam casum fortuitum præstet, conventionem valere, damnumque improviso casu contingens conductorem sequi. Illud autem adhuc quæritur, an hujusmodi conventio etiam pertineat ad casus insolitos, id est, an conductor in se recipiens casus fortuitos recepisse etiam intelligatur casus insuetos & rarò admodum contingentes. Bartolus in *l.* 4. §. *pen. ff. si quis caut. jud. sist.* & in *l. fistulas* 78. §. *ult. ff. de cont. empt.* id negat, quem sequitur Mantica *lib.* 5. *de tac. & ambig. conv. c.* 8. Gail. 2. *obs.* 23. *num.* 18. *& vulgò DD.* nimirum distinguunt illi inter casus fortuitos solitos, sive communiter contingentes, & insolitos seu qui præter consuetudinem eveniunt, ut illorum quidem damnum conductor ex conventione præstare tenateur, horum autem neutiquam, quasi de iis cogitatum non esset. Sed mirum est profectò hanc sententiam cuiquam probari potuisse: cum eventus insolitus vel maxime contineatur appellatione casus fortuiti, & ferè solus etiam secundùm ipsius Bartoli definitionem in *d. l. fistulas* 78. §. *ult.* ubi cùm dixisset eum, qui in se suscipit casum fortuitum, teneri de casibus communiter contingentibus, mox imprudens sibi contradicit, dum ait: casus fortuitus intelligitur inopinatus, non ex consuetudine eveniens, cùm tamen quæ communiter contingunt, ex consuetudine contingant. Nec fieri aliter potuit. Nam cum Bartolus in *dict. l.* 4. §. *pen. ff. si quis caut. jud. sist.* sententiam suam, nempe conventione de præstando casu fortuito interposita non intelligi casum insolitum, firmasset auctoritate Labeonis in *d. l. fistulas* §. *ult. ff. de contr. empt.* ubi ad hujus textus explicationem venit, necesse fuit, ut aut incautè sibi contradiceret, aut sententiam suam mutaret, adeo perspicuè ibi casui fortuito adscribuntur insolita, & quidem solita tantùm, non etiam quæ secundùm consuetudinem eveniunt. Verba Labeonis hæc sunt: *Si frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te, si quid vi aut tempestate factum esset, præstaturum, ea frumenta nives corruperunt; si immoderatæ fuerunt & contra consuetudinem tempestates* (ita lego, *non tempestatis*, cum Salmasio, *c.* 24. *ad jus Attic.*) *agi tecum ex empto poterit.* Locus hic minimè obscurus est, sed planus, si ullus alius. Notum est emptione perfecta, id est, simul atque de pretio convenit, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinere, tametsi res emptori nondum tradita sit: venditorem autem ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, præter dolum & culpam nihil præstare, §. 3. *Inst. de empt. & vend. l.* 8. *pr. ff. de per. & commod. rei vend.* & sexcentis similibus locis. Ergo in specie à Labeone proposita, si venditor nominatim casus forte eventuri periculum in se non suscepisset, nullam emptor cum eo actionem habuisset de frumento immoderata nive corrupto. At recepta in se casus fortuiti præstatione, de eo quod tempestate contigit, ex conventione tenetur, si modo tempestas insolita fuit, & præter morem cœli regionis sævit: aut ut ipse Labeo ait, si, ideo frumenta corrupta, quia tempestates immoderatæ, & contra consuetudinem fuerunt, quasi quod vulgo & ex consuetudine fit, pro casu fortuito non sit habendum. Quam ob causam satis mirari nequeo, quod Bartolus & passim alii firmamentum sententiæ suæ petant ex eo loco, qui eam tam apertè destruit. Cæterùm sunt alia loca, quæ Bartoli sententiam probabilem faciunt aut saltem prima specie facere videntur. Primus locus est, *l. Sejo.* 10. §. 1. *ff. de ann. leg.* ubi Papinianus ex facto de hujusmodi specie consultus, *Medico Sempronio quæ viva præstabam, dari volo*, respondet ea videri relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Ad quem locum Bartolus notat, dictum generale ad extraordinaria non referri. Sed nullam similitudinem hæc species habet cum quæstione proposita. Tale enim legatum, *Quæ viva Medico præstabam*, &c. non nisi ad certam quantitatem erogationis annuæ referri potest, quia instar honorarii seu stipendii annui medico id relinquere testatrix voluit: ac proinde nec videri potest testatrix sensisse de iis, quæ ex occasione & quasi fortuita liberalitate semel atque iterum in vita præstiterat: quippe circa quæ legatum non potuit consistere, utpote incertum, & quod nullo eventu ad certitudinem aliquam redigi posset, quia nimirum quæ extra ordinem & ex occasione καὶ τόκον ἴτος dedit, ea non ἐκ προνοίας aut perpetuæ voluntatis destinatione profecta fuerunt. Secundò, pro eadem sententia affertur textus in *l.* 4. §. *pen. ff. si quis caut. jud. sist.* ubi Jurisconsultus negat valere renuntiationem exceptionum, quæ contra vadimonium desertum excusent, nisi causæ exceptionum specialiter fuerint expressæ. Respondeo, & illud dissimile est. Nam qui casum fortuitum in se recipit, ipsa nominis vi admonente cogitat etiam de insolitis, saltem in genere. At vero, qui exceptioni omni renuntiat, non censetur cogitasse de iis causis, quæ de novo forte emersuræ sunt, sed tantùm de iis, quæ tunc cognitæ erant: & quia verba renuntiationis non respiciunt ad id de quo cogitatum non fuit, nec eo trahi debent; cum è converso casus fortuitus vel maxime pertineat ad inopinata, ut benè & doctè Tulden. *ad Cod. tit. de locat. n.* 11.

Cætera, quæ proferunt minorem etiam spe-

ciem habent: quale est illud quod in *l. 6. C. de pign. act.* dicitur, ea quæ fortuitis casibus accidunt, prævideri non posse. Nam etsi prævideri non possunt, nec averti possunt, tamen præcogitari; & qui eos in se suscipit, insolitos quoque præcogitat, ut proindè de iis quoque in genere actum videatur. Tale quoque est, quod de procuratore universorum bonorum afferunt, nempè etsi is facere potest ea quæ dominus facere solitus erat, non posse tamen facere, quæ dominus facere non consuevit, *l. vel universorum 12. ff. de pig. act. l. qui semisses 13. §. 1. ff. de usur.* Etenim mandati fines diligenter sunt custodiendi, ne quid fiat contra aut præter intentionem mandantis, *l. 3. ff. mand.* Generale autem mandatum; etsi verbis omnem administrationem continet, non continet tamen sententia mandantis, quippè quem credibile non est ea mente fuisse, ut quid procuratori suo facere permiserit, quod ipse facere non consuevit: & aliàs satis notum est, generali mandato non intelligi ea contineri, quæ quis verisimiliter mandaturus non fuerat, sed speciale mandatum in his requiri: qualia sunt causa famæ, restitutio in integrum, transactio, &c. *l. non solum 39. §. ult. & l. seq. l. mandato 60. ff. de procur. l. illud 25. §. 1. ff. de minorib.* Postremò, ejusdem generis est, quod colligunt ex *l. qui occidit 30. §. 3. vers. at si omnia ff. ad leg. Aquil.* ubi Paulus ait, eum culpa carere, qui omnia, quæ oportuit, observavit, & subita vis venti longius ignem produxit. Nihil enim ibi de casu fortuito præstando actum est ac proindè nec præstari casus fortuitus debet, nec magis insolitus, quàm qui crebrius evenire solet, *l. contractus, in fin. ff. de reg. jur.* eodemque modo respondendum ad *l. si putator. 31. ff. ad leg. Aquil.* & ad *l. si quis fumo 49. §. 1. ff. eod.* ubi Ulpianus scribit, damnum injuria dedisse non intelligi eum, qui magna vi cogente dedit, veluti qui alienas ædes medias dejecit, ne incendium ad suas ædes perveniret, qui textus est notabilis. Ità fermè & Pauschman. *l. 1. q. pract. cap. 6. & 7.* Fachin. *l. 1. contr. c. 86.* Diod. Tulden *ubi supra.*

CAPUT II.

An emphyteuta donatione vel permutatione alienare possit emphyteusim inconsulto domino?

Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui quod colonum non reperirent, propter sumptus quos in illorum cultura & insitione, sive, ut nunc loquuntur, melioratione fieri necesse erat, in perpetuum, aut certè in longissimum tempus habendi & fruendi tradi cœperunt, ea lege, ut agri illi colerentur & consererentur, idque modica pensione annua, quæ veri domini memoriam conservaret: quanquam posteà etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem ferè conditione locari cœperint. Est igitur jus emphyteuticum seu emphyteusis jus perpetuarium quo quis agro alieno tanquam alter quidam dominus utitur ac fruitur sub lege certæ annuæ pensionis in recognitionem directi dominii præstandæ. Non solum autem jus utendi fruendi per constitutionem emphyteuseos emphyteuta acquirit, sed etiam jus emphyteusin oppignerandi *l. lex vectigali 31. ff. de pignor.* servitutem prædio imponendi, permutandi & quoquo modo in alium transferendi, *l. 3. C. de jur. emphyt.* undè est, quod emphyteutæ interdum domini vocantur, *l. 1. l. 4. C. de div. præd. urban. & rust. empt.* Et quidem Zenonis tempore alienatio emphyteuseos non tantùm licita cuilibet fuit, sed etiam libera, *l. 1. ff. si ag. vectig. §. 3. Inst. de locat. l. 1. C. de fund. patrim. lib. 11.* At lege Justiniani id jus nonnihil immunitum *l. 3. C. de jur. emphyt.* cujus hæc summa est, ut si inter dominum & emphyteutam in ipso contractu de alienatione nihil convenerit, (nam conventionem omnimodò servari vult) liceat quidem emphyteutæ jus suum in alium transferre, sed certis conditionibus, quarum prima est: ut, si id vendere velit, domino illud denuntiet, eique offerat προτίμησιν seu emendi prærogativam. Non requiritur ergo consensus domini, ut vendere liceat, ut malè plerique putant: verùm ut ipsi potiùs, quàm alii vendatur: ac proindè hæc non tam est requisitio consensus domini, quàm simplex certioratio. Secunda est, ut novus emphyteuta à domino in possessionem inducatur, seu, ut nunc vulgò loquuntur, investiatur,

Tertia & postrema, ut dominus pro admissione & subscriptione ac depositione (cujus forma in *d. l. §.*) accipiat honorarium vel laudemium, nempe quinquagesimam partem pretii, si vendatur, vel æstimationis fundi, si per aliam conventionem puta donationem vel permutationem, res fuerit alienata. Et duo quidem posteriora, nempe inductio seu investitura, & perceptio honorarii, obtinent in omni alienatione. At non satis expeditum est, an in casu donationis & permutationis eadem quoque denuntiatio, quæ in venditione requiritur, intervenire debeat, & hic etiam similis prærogativa domino competat, non utique in hoc, ut si emphyteuta rem alteri donare velit, dominus postulare possit, ut sibi donetur, quod apertè iniquum est: aut si permutare cum alio emphyteuta cupiat, teneatur domino offerre permutandi prærogativam, quod & ipsum sine manifesta injuria emphyteutæ constitui non potest. Sed an emphyteuta priusquam donet aut permutet, dominum certiorare debeat, se id facere velle, & sic etiam offerre domino, si velit, potestatem emendi; sive an dominus possit æstimationem solvendo si etiam rem ad se revocare. Respondeo, ne hoc quidem admittendum est, tum respectu donantis emphyteutæ, qui fortè, dum alium obligare & remunerare vult, simul vult extare monumentum liberalitatis suæ & manere in sui memoriam: tum respectu donatarii, cui fortassis gratior esset & acceptior agellus emphyteuticarius, quàm alterum tantùm pecuniæ aut valoris, & qui fortè ne dignaretur quidem pecuniam accipere. Et quid si emphyteuta prædium suum alicui legaverit, (potest enim & hoc facere, *l. si domum* 71. *§. ult ff. de legat.* 1. *in conventionibus.* 219. *ff. de verb. sing.*) & id fecerit indulgens affectui amici sui, an & hic dominus oblato pretio legatarium fundo sibi legato privare poterit contempta voluntate defuncti? atqui legare, est donare. Aut quid si emphyteuta hæredem testamento instituere, an & hic idem domino licebit? In permutatione vero si hoc admittamus, frustrabitur emphyteuta desiderio suo & fine cupito, nempe eo prædio, quod suo prætulit, & multas ob causas præferre potuit. Quid enim si alter illud vendere nolit, aut non nisi immodico pretio vendere velit, qui non aliam ob causam animum permutandi habuit, quam quòd fundum emphyteutæ habere maluit, quàm suum, ut homines diversimodè afficiuntur. Vendentis autem emphyteutæ plane nihil interest, à quo pretium accipiat, à domino, an ab alio: quippe quod solum desiderat, & in quod nulla potest cadere affectio, *l.* 3. *ff. de in lit. jurand.* Hoc itaque posito, supervacuum foret in donatione aut permutatione requirere consensum domini, eumve certiorare de donatione aut permutatione facienda ob alium finem, quàm ut novum emphyteutam, in quem jus suum prior transferre vult, dominus admittat & in possessionem accepto laudemio suscipiat: hoc autem facere dominus ad denuntiationem emphyteutæ tenetur, nisi in tales personas ejus transferatur quæ in contractibus emphiteuticis excipi solent, aut non sunt idoneæ ad solvendum emphyteuticum canonem, *d. l.* 3. *vers. necessitatem autem. C. de jur. emphyt.* Et benè Jason animadvertit principium, *d. l.* 3. esse generale, atque in universum ibi prohiberi emphyteutam jus suum in alium transferre, hoc scilicet fine, ne inscio & invito domino alius quilibet ac forte non idoneus emphyteuta substituatur, & ille privetur laudemio; at *vers. sed ne hac occasione* esse specialem, & ad venditionem tantùm pertinere, quàm si facere velit emphyteuta, formam illic præscriptam servare debeat. Arguunt hoc ipsa textus verba, *vendere*, *comparare*, *prætium accipere*, *eamdem quantitatem præstare*, quæ donationi aut permutationi non conveniunt. Arguunt & ea quæ mox sequuntur, & quidem evidentissimè: quod nescio an ab aliis observatum. Nam cùm Imperator constituisset, quid speciatim in contractu venditionis observari vellet, nempe attestationem meditatæ venditionis domino transmittendam esse, eique offerendam emendi prærogativam, & si deliberaturum se dicat dominus, responsionem ejus per bimestre temporis spatium exspectandam, tunc definit generaliter, quid emphyteutæ concedendum in omni emphyteuseos alienatione. Et primò quod ad venditionem attinet, si dominus neget se emere velle, aut per memoratum tempus nihil respondeat; tunc liceat emphyteutæ jus suum, cui velit, dummodo personæ idoneæ, vendere, atque ut dominus necesse habeat hunc novum emphyteutam accipere. Deinde, si emphyteuta alio modo jus suum ad personas concessas & idoneas transponere velit, posse hoc eum facere etiam domino inconsulto, nulla nec emphyteutæ imposita denuntiationis necessitate, nec concessa domino contradicendi licentia. Utroque autem casu exigit, ut dominus ipse novum emphyteutam in possessionem inducat, & emphyteuta hanc inductionem à domino testato petat, dominique de ea re voluntatem per duos menses exspectet; qui si novum emphyteutam intra id tempus admiserit, tum illi pro admissione sua & subscriptione honorarii loco vult tribui quinquagesimam partem pretii, si jus emphyteuticum venditum est, vel æstimationis loci, si ex alia causa translatum. Quòd si dominus toto eo

tempore superſederit novum emphyteutam, alioqui idoneum admittere, tum Juſtinianus ipſi emphyteutæ liberam poteſtatem concedit rem transferendi, novumque emphyteutam inducendi in poſſeſſionem, nihil laudemii nomine domino relicto, quod alias pro admiſſione conſecuturus fuiſſet. Atque hæc communis interpretum ſententia eſt in *d. l. 3.* quam ſequitur Mantica *lib. 11. de. tac. & ambig. convent. tit. 18. n. 56. & ſeqq. & num. 69.* atque ibi citati Diod. Tulden. *in Cod. d. tit. num.* 8. Bronchorſt. *cent. 1. aſſert.* 80. eamque benè & eruditè defendit Donnell. *lib. 9. comm.* 14. Diſſentit ex parte And. Fachin. *lib. 3. cont. c. 97. & lib. 6. c. 98.* Cujus argumentis facilè occurri poterit ex iis, quæ jam dicta ſunt. Rationes quoque aliorum, qui etiam in caſu donationis & permutationis emendi prius domino poteſtatem faciendam contendunt, eumve æſtimatione oblata jus habere rem ad ſe revocandi, leviores ſunt, quàm ut novam & peculiarem mereantur reſponſionem. Obiter hic noto quibuſdam nempe curialibus, vetitum eſſe prædia ſua ſine decreto vendere, donare & permutare permiſſum: ex quo apparet, non ſemper à venditione ad donationem licere ἀνατκινάζειν de quo interpretes ad *l. non debet. 21. ff. de reg. jur.* Quatenus noſtris & Gallorum moribus à conſtitutione Juſtiniani in *d. l. 3 C. de jur. emphyt.* receſſum ſit, diſce ex Grœnew. *tract. de leg. abrog. ad. l. 3.* Grot. *lib. 2. introd. ad juriſp. Bat. c. 4.* Monarc & Autumn. *ad. d. l. 3.*

CAPUT III.

An dominus fundi emphyteutici, poſt elapſum tempus canonem recipiens, videatur renuntiaſſe caducitati?

PRæſtatio canonis ſeu penſionis annuæ pars eſt eſſentialis contractûs emphyteutici, & argumentum reſervati dominii, in cujus rei fidem etiam ſolvitur. Quamdiu autem canon ſuo tempore ſolvitur, non licet domino expulſo emphyteuto agrum auferre. *l. pr. ff. ſi ag. vect. ſeu emphyt. pet. §. Inſt. de locat.* Quod ſi emphyteuta per triennium canonem ſolvere ceſſaverit, tum is jure ſuo, volente domino, cadit, niſi quid ſecus privata pactio ſuadeat, *l. 2. C. de jur. emphyt.* In emphyteuſi eccleſiaſtica ceſſatione biennii ejus amittitur. *auth. qui rem C. de ſacroſ. eccleſ.* Quid autem, ſi emphyteuta poſt ceſſationem tanti temporis canonem elapſum domino obtulerit, iſque cum ultro ſine proteſtatione acceperit, an non videri debet dominus hoc ipſo caducitati renuntiare, & ſolventem pro emphyteuta agnoſcere? Et ſiquidem emphyteuta eccleſiæ per biennium in ſolvendum canone ceſſaverit, noviſſima Juſtiniani lege, licentia datur eccleſiæ & præcedentis temporis canonem ab emphyteuta exigendi, & præterea rem emphyteuticam vendicandi, ſive, ut Juſtinian. loquitur τὸν ἐμφυτευτὴν ἐκβαλεῖν τῆς ἐμφυτεύσεως, *Nov. 120. c. 8.* unde *auth. qui rem C. de ſacroſ. eccleſ.* Igitur ſi prelatus aut capitulum poſt biennium canonem præteriti temporis exegerint, aut ultro oblatum receperint, ſalvum nihilominus manet eccleſiæ jus emphyteutam expellendi. Cæterum cùm hoc conſtitutum ſit ſpeciali favore eccleſiarum & venerabilium domuum, ut apparet ex *d. c. 8. Nov.* 120. nec prælato concedendum, ut ejus eccleſiæ ex caducitate quæſitum remittere poſſit: non temerè id ad emphyteuſin civilem trahi debet. Imo, quia Juſtinianus id ſpecialiter conſtituit in emphyteuſi eccleſiaſtica, hoc ipſum argumento eſt, noluiſſe eum idem obſervari in emphyteuſi civili, ut proinde hìc ſtandum ſit rationi & regulis juris communis. Videamus igitur, quid hìc ex ratione juris communis in emphyteuſi civili, ſtatuendum ſit. Illud omni dubio caret, quod emphyteuta ob canonem triennio non ſolutum jure ſuo volente domino excidit, etiam interpellatus à domino non fuerit, *l. 1. C. de jur. emphyt.* quippe cum dies hic interpellet pro homine, ut vulgo dicitur, *l. 12. C. de contr. & com. ſtip.* ſed neque moræ hic admittitur purgatio: quoniam, ubi pœna & dies adjicitur, mora purgari non poteſt. *l. Celſus 23. pr. ff. de recept. arbitr. l. 4. §. ult. ff. de leg commiſſ. l. cum ſtipulatus 113. ff. de ver. oblig. l. ad diem 77. ff. eod.* Ratio eſt, quia quod jus parti ſemel quæſitum eſt, ſive lege, ſive propria conventione, id ei auferri non debet, *l. 2. ff. de his ſui vel alien. jur. l. 12. ff. de reg. jur.* Fac. *d. l. 23. ff. de recept. arbitr.* quanquam emphyteutæ eccleſiæ jure canonico permiſſum moram purgare celeri ſatisfactione *c. ult. ext de locat.* fortè quia jus ſuum citius amittit, eoque jure & in civili nos uti ſcribit Grotius. *lib. 2. introduct. cap.* 40. de quo tamen vide Chriſtin. *vol. 1. deciſ. c. 117. num.* 5. Coren. *obſ. 22. rer. jud. à ſupr. Holl ſenat.* Grœnew. *tract. de leg. abrog. ad d. l. 2.* Cùm igitur emphyteuſis (loquimur de civili) non ſoluto per triennium canone ipſo jure in commiſſum cadat, nec cadat tamen niſi volente domino, quod etiam de voluntate tacita accipiendum eſt, eleganter quæritur, an, ſi dominus poſt triennium canonem præteriti temporis

oblatum ab emphyteuta sine protestatione acceperit, aut ipse canonem exegerit, commisso renuntiasse videatur? Affirmant Guido Pap. *quæst.* 171. Clar. §. *emphyteusis quæst.* 10. Fachin. 1. *contr.* 99. Perez. *in C. de jur. emphyt. in fin.* Ant. Fab. *C. eod. defin.* 16. Jas. latè *in l.* 3. *C. de tit.* & DD. comm. quos etiam secutus est Bachov. *in* Treutl. *vol.* 1. *disp.* 29. *thes.* 12. Negant Mantica *lib.* 2. *de tac. & ambig. convent. tit.* 33. *num. & seqq.* Bronchorst. *cent.* 1. *assert.* 83. D. Tulden. *ad Cod. de jur. emphyt. n.* 15. Christin. *vol.* 1. *decis.* 157. *n.* 8. *& seq.* Ego priori sententiæ, ut probabiliori mihi visæ, semper adhæsi, ac ne nunc quidem quicquam muto. Moveor quod jus commissi, cùm sit pœnale, facilè remissum intelligatur, sicut evenit, cùm alia qualibet pœna commissa ob non solutam sua die pecuniam, sors petitur post diem, aut cùm venditor, qui legem commissoriam exercere potuit, pretium petere maluit, *l. pen. ff. de leg. commiss.* nimirùm in odium pœnarum quæ semper odiosæ, sive legitimæ sint, sive conventionales, *l. ult. ff. de eo quod cert. loc. l. pen. ff. de pœn.* Utique regulariter res ipsa & pœna simul peti non potest. *l. rescriptum* 10. §. 1. *ff. de pact. l. si pater* 12. §. 2. *ff. de pact. dotal. l.* 4. §. *Labeo* 7. *ff. de dol. mal. except. l.* 4. *C. de pact. int. empt.* nec pœnæ legitimæ & conventionalis ulla hîc diversa ratio est, cùm utraque adjiciatur, ut debitor magis excitetur ad præstandum id, ad quod præstandum ex conventione aut lege obligatus est. Perperam autem ad hæc loca & similia respondetur, quòd pœnalis stipulatio per se non consistat, sed accessio sit obligationis principalis, qua sublata & ipsam tolli necesse sit. Verum enim non est, pœnalem stipulationem accessionem esse ejus obligationis, cui subjicitur: per se enim subsistit §. *ult. Inst. de verb. oblig. l. ita stipulatus* 115. *pr. ff. eod.* & valet, etiam si subjecta sit inutili *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri* 17. *ff. eod.* Imò & usuræ præteritæ, quæ ex stipulatione debentur, obligatione sortis sublata adhuc peti possunt, quia duæ hîc sunt obligationes separatæ, *l. centum Capuæ* 8. *ff. de eo quod cert. loc. l.* 1. *C. de judic. arg. l. qui per collusionem* 49. §. 1. *ff. de act. emtt. l.* 4. *C. depos.* à contrario sensu. Quod autem pœnalis stipulatio subjecta turpi aut impossibili inutilis est, *l. stipulatio* 61. *l. si homo* 69. *ff. de verb. obl.* non eam rationem habet, quod sit accessoria aut inutili subjecta; sed quia & ipsa eodem vitio, quo prior laborat, aut pro turpi aut impossibili habetur, per *l. aliud est fraus* 131. *ff. de verb. sign.* de quo fusè Donell. *ad d. l. si homo.* Confirmat hanc nostram sententiam, *l. Æmilius* 38. *ff. de min.* in verb. *& pretium petendo à lege sua recessisse*; item *l. celsus* 23. *pr. vers. Sin autem oblatum accepit, pœnam petere non potest. ff. de recept. arb.* & similis locus est in *l. pen. ff. de leg. commiss.* Igitur si dominus non potest exigere canonem, & simul exercere jus caduci, sive rem vindicare, & emphyteutam expellere, etiam recipiendo canonem oblatum, caducitati & rei vindicationi renuntiasse videtur. Etenim hoc posito, quod privatio & expulsio sit pœna, uti revera est, si dominus non ignarus emphyteutam jure suo cecidisse, quo nonnisi eo volente cadit, canonem præteriti temporis sibi oblatum receperit, solventem pro emphyteuta agnoscere, & pœnam remittere intelligitur. Adde quod durum atque iniquum est, emphyteutam & jus suum atque meliorationes amittere & nihilominùs ad canonem solvendum compelli. Quod autem apprimè hîc notandum est, emphyteuta canonem non solvens duplici de causa jure suo privatur: primò, quia pensionis damno dominium affecit: deindè, & quidem præcipuè, quòd se emphyteutam esse negare videatur. Utrumque autem hoc vitium purgatur canone posteà oblato & ultrò à domino recepto. Non obstat, quod quidam objiciunt, canonem solvi pro perceptis fructibus pœnam infligi ob cessationem. Nam canonis solvendi hîc principalis finis est, ut memoria domini conservetur, & ut nunc vulgò loquuntur, ut dominus recognoscatur: quapropter non tam pro perceptis fructibus, quàm in recognitionem dominii solvitur. Longè alia ratio est coloni, à quo, licet ejecto, locator mercedem exacti temporis petere potest, *l. colonus pen. ff. locat.* quoniam merces pro perceptis fructibus debetur & solvitur: nec colonus jus aliquod dominio proximum quod amittat, in fundo habet, impensasque utiles, si quas fecit, recipit, *d. l. colonus*, nec locator eo expulso quicquam lucratur aut consequitur præter potestatem alteri rem locandi, quod sæpè etiam incommodum locatori affert. Aliud quoque juris est, cùm utrumque debetur & res & pœna, ut in specie *l.* 7. §. 1. *ff. de cond. furt.* & emphyteusi ecclesiastica, *Nov.* 12. *c.* 8. item in specie, *si quis major.* 41. *C. de transact.* & denique si pœna adjecta sit coërcendo contemptui, in casu, *l. si quis rem* 30. *ff. de recept. arbit.* Planè si dominus canonem præteriti temporis accipiens protestetur se non alia lege eam accipere; quam ut salvum sibi maneat jus commissi, jus illud adhuc exercere poterit: quoniam protestatio conservat jus protestantis, *l.* 4. §. 1. *ff. quib. mod. pig. solv.* haud secus ac cùm inter contrahentes ab initio actum est, ut rato manente pacto pœnam exigere liceat, *l. pen. ff. de transact.* Neque verò protestatio hæc novum jus domino tribuit, quidam hinc colligunt, sed jus expulsionis, quod ante habuit,

ei conservat, cui protestationi si non contradicat emphyteuta, in eam consentire videtur, *c. quo tacet ext. de reg. jur.* Quòd si dominus cum protestatione accipiat canonem futuri temporis, sive elapsum post tempus quo emphyteusis in commissum cecidit, nihil hæc protestatio dominum juvabit: quoniam protestatio facto contraria nihil operatur, *l. 1. ff. si ususfruct. pet.* Est autem actus receptionis canonis in tempus futurum prorsus contrarius juri quæsito: hoc enim supponit non esse amplius emphyteutam, ille contra adhuc esse. Digna mihi visa fuit hæc quæstio, quæ paulò accuratius tractaretur, quàm apud plerosque hactenus tractata fuit.

CAPUT IV.

An is, qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat?

CReditorum alii sunt chirographarii, id est, qui citra hypothecam personalem tantùm actionem habent; alii hypothecarii: & in utroque genere quidam privilegiarii, quidam puri & simplices, vel chirographarii vel hypothecarii. Puri chirographarii creditores inter se concurrentes omnes pares sunt, etsi alii alios tempore præcedant, *l. 6. c. de boni auct. jud.* Quòd si cum Chirographariis simplicibus concurrant ejusdem generis creditores, sed privilegiarii, id est, privilegium personale exigendi habentes, hi illis potiores sunt. Inter ipsos autem privilegiarios ejusdem tituli; licet diversi temporis, nulla prælatio est, *l. privilegia 32. ff. de reb. auct. jud. poss.* Hujus generis creditores sunt respublica, *l. penult. §. 1. ff. de reb. auct. jud. poss. l. 2. C. de jud. reipubl. lib. 11.* qui in navem extruendam vel instruendam, vel in rem emendam crediderunt, *l. qui in navem 26. l. quod quis navis 34. ff. d. tit. &c.* Inter ejusdem generis creditores numeratur, & qui ob restitutionem ædificii collapsi pecuniam credidit, *l. si ventri, 24. §. 1. ff. eod. l. creditor. 25. ff. de reb. cred.* Sed huic posteà senatusconsulto etiam pignus datum est, *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* quod haud dubiè ad eum quoque pertinet, qui credidit in refectionem & fulturam domûs alioqui ruituræ: re ipsa enim restituit, qui efficit, ne ruat. Undè quæsitum est, an non & ille jus taciti pignoris habere debeat, qui in navem armandam aut reficiendam pecunias credidit. Multùm enim interest, utrùm quis tantum habeat personale privilegium exigendi, an verò hypothecam sive pignus. Nam qui hypothecam habent, sive tacitam, sive expressam, præferuntur omnibus creditoribus, qui privilegium exigendi duntaxat habent, *l. eos qui 9. c. qui pot. in pign.* quam ob causam hi etiam fisco postponuntur, *d. l. quod quis navis, ff. de reb. auct. jud. poss. junct. l. 1. & l. 2. C. in quibus caus. pign. tac. l. 2. C. de jur. fisc. l. si quis 28. ff. eod.* Ego non invitus in eorum sententiam concedo, qui negant eum, qui in navem reficiendam credidit, jus tacitæ hypothecæ habere. Etenim omnes tacitæ hypothecæ legibus nominatim constitutæ sunt; nulla autem lex talis hypothecæ meminit. Datur quidem in navem instituendam credenti personale privilegium exigendi, *d. l. qui in navem 24. & d. l. quod quis 34. ff. de reb. auct. jud. poss.* at idem privilegium etiam ei datur, qui credidit in navem extruendam aut fabricandam, quem constat tacitam hypothecam non habere, cùm nec ei, qui in extructionem novæ domûs pecuniam mutuam dedit, tacitum pignus datum sit, sed ei tantùm, qui credidit in restitutionem, id est, qui reædificationem & instaurationem collapsæ, *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* Sed & idem privilegium iisdem locis ei tribuitur, qui in navem aliamve rem emendam credidit, quæ tamen res in causam pignoris non deducitur, nisi id expressè convenerit, *l. quamvis 17. C. de pign. l. 7. C. qui pot. in pign.* & ita sæpè judicatum est, *decis. Cur. Holl. 35.* Sand. *lib. 3. tit. 12. defin. 5. & 7.* Ant. Fab. *C. suo for. tit. qui pot. in pign. defin. 10.* Fallitur igitur Accursius, & qui eum sequuntur, Covar. *1. resol. 7. num. 3.* Neguzant. *p. 2. mem. 4. num. 162. cas. 16.* aliique ibidem citati, dum putant, etiam eos, qui ad refectionem navis pecuniam mutuam dederunt, taciti pignoris jus habere, propterea quòd horum pecunia non minùs navem salvam fecit, quàm illius, qua refecta aut restituta est insula, sive ædificium. Nam si hoc verum est, etiam ille, qui pecuniam ad navem aut aliam rem emendam credidit, eam rem sibi obligatam habebit: quia utique per hanc creditoris pecuniam debitor consecutus est, ut eam rem habeat: quod tamen falsum est, *d. l. quamvis. C. de pignor.* Nempe non temerè, quod nominatim jure singulari tributum est ei, qui in restitutionem aut refectionem ædium pecuniam dedit, trahendum est ad quosvis, qui in cujuscunque rei refectionem pecuniam crediderunt, contra *l. quod vero 14. & l. seq. ff. de legib.* Neque eadem profec-

profectò causa est ædificii reficiendi, & navis aut alterius rei conservandæ. In ædificiis tuendis sarciendisque non modò utilitas aliqua publica versatur; sed in eo etiam decus urbis & ornamentum agitur, ut ædificia integra sint & bene composita, non cassa & ruinosa, ne aspectus urbis deformetur ruinis. Quamobrem non in hac tantùm re, verùm etiam in aliis contra non necessarias demolitiones ædificiorum pro iis augendis & sartis tectis tuendis multa legibus cauta & constituta sunt. Nam & lex duodecim tabularum de tigno alienis ædibus injuncto agere non permittit, ut id eximatur, ne sub hoc prætextu ædificia diruantur, *l. 1. ff. de tign. junct.* & senatusconsulto cautum, ne ea quæ ædibus juncta sunt, legare liceat, nisi hactenùs ut in alias ædes transferantur, neque tamen integra ædificia deponantur, *l. cætera 41. §. 1. & 2. ll. seqq. ff. de legat. 1.* Quorum nihil simile in navi aut cæteris rebus. Ac propterea omninò dicendum est, cessantibus & verbis senatusconsulti & sententia, pignus in aliis rebus non constitui, quæ refectæ nostra pecunia fuerunt, nisi de eo generaliter aut specialiter convenerit, extra causam creditæ in restitutionem aut refectionem ædium; ut ut navium quoque exercitio ad utilitatem reipublicæ pertineat, *l. 1. §. licet autem 20. ff. de exerc. act.* Nam si ex eo inferre velis etiam eum, qui in refectionem navis credidit, tacitum pignus habere, eadem ratione & is habebit, qui in extruendam credidit, cùm tamen, ut ante dictum est, ne ille quidem habeat, qui credidit in ædificationem novæ domûs. Decepti fuere Accursius & alii, qui contra sentiunt, duobus locis Ulpiani, in quibus legerunt, eum, qui in rem eo servandam pecuniam credidit, cæteris creditoribus esse potiorem, quibus eadem res priùs obligata erat, additis nominatim exemplis de eo, qui ad armandam vel reficiendam navem credidit, adjectaque hac ratione, quia hujus creditoris pecunia salvam fecit totius pignoris causam, *l. interdum 5. & l. seq. ff. qui pot. in pig.* quæ utique ratio ad omnes ex æquo pertinere videtur, qui quid in rem reficiendam & conservandam impenderunt. Jam verò, qui in navem reficiendam credidit, non potest potior in pignore cæteris haberi, nisi illi quoque navis obligata sit. Sed malè, inquam, hinc Accursius colligit, eum qui in navem reficiendam credidit, habere jus tacitæ hypothecæ, sive pignus legale, constitutum lege sine conventione. Neque enim locis istis, aut toto illo titulo, cui subjecta sunt, tractatur, quomodo pignus constituatur, navis aut res alia pignori obligetur; sed quæritur, quis ex iis, quibus diversis temporibus eadem res obligata est, in pignore sit potior: & illud dicitur, eum, qui in navem (intellige sibi obligatam, quod fit aperta conventione) armandam aut reficiendam pecuniam credidit, quamvis posterior crediderit, cæteris in pignore esse potiorem: quod deindè & ad alia porrigitur, veluti si quis in merces sibi obligatas, ut salvæ fiant; aut in cibaria nautarum, sine quibus navis salva pervenire non poterat, &c. crediderit, *l. 5. d. tit. per tot.* Itaque nec ratio, quam affert Jurisconsultus in *pr. d. l. 6.* concludit pro pignore, sed ex hypothesi pignoris conventione constituti concludit pro jure prælationis. Et sic ob eandem rationem is cujus pecunia prædium comparatum est, licet posterior sit, cæteris creditoribus hypothecariis præfertur; sed non aliter, quàm si id prædium ei obligatum sit, quod non fit nisi expressa conventione, *l. quamvis 17. C. de pignorib. l. licet 7. C. qui pot. in pign.* Eodem modo respondendum est ad *Nov. 97. c. 3.* Nam nec illic Justinianus quicquam definit aut constituit de tacito pignore, sed relatis diversis creditoribus, qui quidem omnes hypothecam eamque privilegiatam habent, sed alii expressam, quales sunt quorum pecunia, navis, aliave res fabricata, reparata aut comparata est, ea lege, ut pignori esset, *d. l. licet C. qui pot. in pign. d. l. quamvis 17. C. de pignor.* alii tacitam, ut mulier in causa dotis, tractat de jure prælationis, sancitque, ut inter hujus generis creditores temporis ordo servetur, & is nimirùm cæteris præferatur, qui antiquiorem hypothecam, sive expressam, sive tacitam cum privilegio habet, juxtà vulgatum illud, privilegiatus adversus privilegiatum non utitur privilegio suo. *Nov. 91. c. 1. l. ult. §. 1. in fin. C. qui pot. in pign. hab.* Atque hæc neotericorum communis sententia est. Donell. *de pig. c. 5.* Bronchorstius *cent. 2. assert. 77.* Gudelin. *lib. 4. de jur. noviss. c. 18.* Perez *in Cod. tit. in quib. caus. pign. tac. n. 13.* Bachov. *lib 4. de pig. c. 9. & 14.* à quibus malè dissentit Costalius ad *l. 5. ff. qui pot. in pign.*

CAPUT V.

An hypotheca constituta in rebus per beneficium l. 2. C. de resc. vend. *avocatis extinguatur?*

SPecies hæc esto: Titius cùm fundum à Sejo centum aureis emisset, eumdem fundum sibi traditum pignori obligavit Sempronio. Sejus

venditor posteà caussatus se ultra dimidium justi pretii læsum esse, sive se eum fundum duplo minore pretio quàm tempore contractûs valebat, vendidisse, remedio, *l. 2. C. de resc. vend.* fundum avocavit recepitque. Quæritur an pignus ab emptore in eo fundo Sempronio constitutum resolvatur? Bartolus constanter negat resolvi in *l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* & alibi Baldus contra affirmat in *d. l. 2. nom.17. quæst.13.* Bartoli sententiam amplectuntur Cuman. Roman. Fulgos. Alexand. & alii citati à Pinello in *d. l. 2. p.2. cap.3. n.11.* Boër. *decis.* 181. *n.10.* ubi & communem hanc esse sententiam testatur. Baldum vero secuti sunt Castr. Salic. Cagnol. Pinell. *d. loc.* aliique plures ibidem relati. Neguf. *de pign. membr. 1. part.5. n. 43.* Mantic. *lib. 11. de tac. & ambig. conv. tit.31. num.69.* Elegans sanè quæstio & digna diligenti inquisitione! Nos hìc pro Bartolo adversus Baldum stabimus, non disputandi tantùm aut ingenii ostentandi gratia: sed quia veram esse sententiam Bartoli omninò persuasum habemus. Nequè tamen in hanc sententiam nos traxit Bartoli ratio, quasi cùm emptor quod deest justo pretio supplendo, restitutionem rei evitare potuerit *d. l. 2. C. de resc. vend.* alienatio ista & rei in venditionem translatio non sit necessaria, sed potiùs pro voluntaria habenda: quo casu res cum suo onere & cum sua causa transeat, *l.3. & l. seqq. ff. quib. mod. pign. solv.* Nam si hujus controversiæ decisio ex eo tantùm dependeret, utrum quæ alienatio voluntaria, an necessaria censenda sit, in partes Baldi transirem: neque enim pro voluntario haberi debet, ad quod præstandum judicio conveniri & urgeri possumus, tametsi alterius rei præstatione nobis liceat defungi. Qui quid faciendum promisit, si tantum tempus præterierit, intra quod fieri poterat, quod promisit, an id solum conveniri potest; & id solum obligatione contineri incipit, quod stipulatoris interest factum esse, quod promissum erat, *l. 14. l. stipulationes 72. l. si insulam 84. ff. de verb. oblig. l. 13. §. 1. ff. de re jud.* ut tamen quandiu lis nondum contestata est, placeat promissorem paratum præstare quod promisit, adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *d. l. insulam l. si servum 91. §. 3. ff. de verb. oblig.* cùm autem alterutrum præstare necesse sit, non potest promissor præstando quod stipulatoris interest, dici id fecisse ἑκουσίως & volenti animo, non magis, quàm si quis ex obligatione disjunctiva conventûs, alterutrum solvat, dici potest sponte & αὐτομάτως solvisse, aut dominus noxali judicio conventûs, si litis æstimationem præstare maluit, quàm servum noxæ dedere: quod & Pinellus contra Bartolum benè observavit. Cæterùm etsi nos rationem Bartoli improbamus, non tamen cum Pinello Baldum secuto improbamus Bartoli sententiam, sed alia ratione eaque vera & solida, eam tuebimur: nempè quia jus creditori rectè constitutum, restitutione post secuta citra injuriam ei auferri non potest; constitutum inquam, creditori, ut in specie proposita, ab eo qui plenum rei dominium habet, qui rem à domino emit purè sine ulla conditione aut suspensiva aut resolutiva, denique ab eo, cujus jus à nemine alio dependebat. Quid enim si primus emptor rem alteri vendidisset & tradidisset? Utique hunc effecisset dominum; neque primo venditori adversus hunc ulla competeret actio: quia autem potest sic, ut dixi, rem alienare, potest etiam, nec minus efficaciter eam oppignerare, *arg. l. non debet 21. ff. de reg. jur.* Atque hæc eadem, quam dixi, ratio etiam efficit, ut debitore servum, quem emit, & oppigneravit, redhibente, pignus non solvatur, *l. 4. ff. quibus modis pign. vel hyp. solv. l. bovem 43. §. pignus 8. ff. de ædil. edict.* neque etiam eo casu solvatur, quo res distracta est ea lege, ut si displicuisset emptori, eam reddere liceret, *l. 3. in fin. ff. eod. tit.* non autem ideo tantum quòd redhibitio illa aut redditio sit voluntaria; quanquam illud etiam verum est, non posse jus alicui semel quæsitum voluntate ejus, per quem illud quæsitum est, illi auferri *l. ult. ff. de pact. l. 1. §. si rem 25. ff. depos. l. qui balneum. 9. pr. l. potior 11. pr. ff. qui pot. in pign.*

Utique ex iis, quæ dicta sunt manifestum est propositionem illam Baldi ex *l. lex vectigali 31. ff. de pignoribus* quod resoluto jure dantis resolvatur, & jus accipientis perpetuum non esse: & alioqui nulla non alienatione rei necesse esse pignus finiri. Procedit ista propositio sive regula 1. ubi res ab eo pignerata est, qui plenum in ea re jus non habet, sed alius est, qui in eadem re jus habet potentius reique ipsius proprietatem & ad quem jus illud à proprietate separatum, quod alter habet, certis casibus & certis ex causis pervenire potest, sive illud jus sit affine dominio, quale est emphyteuticum & superficiarium, quod pragmatici utile dominium vocant; sive servitus tantum & nudum jus utendi fruendi. Igitur si emphyteuta emphyteusim, aut superficiarius superficiem oppigneraverint jure eorum sublato, puta quod alter in solutione canonis cessaverit, alter in solvendo solutio evanescet & pignus. *l. lex vectigali 31. ff. de pignoribus l. etiam superficies 15. ff. qui pot. in pign.* Nam quod domino jure publico certo casu tributum est, id ei facto alieno adimi nequit. Eadem ratione & fortiore, si fructuarius usumfructum pignori dederit (potest enim hoc facere,

l.9. §. 1. *l. si is* 1. §. 2. *ff. de pignor.*) finito usufructu & ad proprietatem reverso dicendum est jus pignoris simul expirasse. 2. Certo jure regula superior procedit, quando hæres eam rem pignori dedit, quæ legato aut fideicommisso conditionali est obnoxia, & conditio extiterit, *l.* 3. §. *sin autem* 3. *Comm. de legat. l. grege* 13. §. 1. *ff. de pign.* quod & in reliquo jure medio tempore constituto obtinet, puta servitute, usufructu *l. is cui* 11, §. 1. *ff. quemad. serv. am. l. si sub.* 16. *ff. quib. mod. us. am.* Item cùm creditor pignus quod accepit, alteri obligavit, & debitor pecuniam, quam pebebat, solvit: hic enim & jus secundi creditoris meritò placet extingui, *l. debitor* 40. §. *ult. ff. de pignor. act. l.* 1. *& l.* 2. *C. si pign. pign. dat.* 3. Procedit eadem regula, cùm contractus purè quidem est initus, sed sub conditione resolutiva, ut fit in terminis factæ venditionis sub lege commissoria, aut in diem addictione: itaque & hic si emptor medio tempore rem sibi traditam pignori obligaverit, & sua die pecuniam non solverit, aut alius intra diem præstitutam meliorem conditionem obtulerit, cum contractu pignus quoque solvitur, *l.* 3. *in pr. ff. quib. mod. pign. solv. l.* 4. §. 3. *ff. de in diem addict.* Nam sicut conditio suspensiva existens retrò ponit, quasi ab initio purè contractum esset, ita conditio resolutiva retrò tollit, quasi ab initio nihil actum esset. Et quod notandum est, hoc casu citra ullum factum emptoris vi pactionis, cui hanc potestatem lex dedit, ipso jure dominium rei revertitur ad venditorem, eamque vindicare potest à quocumque possessore, *l.* 4. *C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. vers. quæsitum ff. de leg. commiss.* non utique tanquàm rursus ciacquisitam, sed quasi nunquam emptoribus factam. At non procedit ista regula, quando res vendita & tradita est ex contractu nulla conditione resolutiva modificato; ut in casu, quem proponit Ulpianus & auctoritate Marcelli decidit in *l.* 3. *in fin. ff. quib. mod. pign. solv.* nempe si res distracta sit ea lege, ut si displicuisset emptori, eam reddere liceret, pignus in ea re ab emptore constitutum non finiri. Nam ista conditio minimè resolutiva est, aut resolutivæ vim habet, ut ea existente ipso jure resolvatur, & annulletur contractus: sed firma manente ipso jure venditione, si emptor legem contractûs exercere velit, & rem reddere, datur ei in hoc ut venditor rem recipiat, actio ex empto, aut proxima empti in factum præscriptis verbis, *l.* 6. *ff. de resc. vend.* Multò minus ergo locus esse poterit superiori regulæ in casu quem proposuimus ubi purè & sine ulla conditione, qua existente ut resolvatur contractus, ad eum dissolvendum agere liceat, venditio facta est, pleno jure dominium rei translatum. Ne quis autem putet iniquam hoc pacto inferri conditionem venditori, si rem cum onere pignoris recipere cogatur, paratum hic est venditori remedium ab Ulpiano & Paulo propositum in *l. redhibere* 21. §. 1. *& l. bovem* 43. §. *pignus* 8. *ff. de ædil. edict.* nampe ut petat rem liberam restitui, aut eo nomine sibi ab emptore caveri: quorum neutrum si præstet emptor, pretium præcisè supplere tenebitur, amissa eligendi facultate, ut benè disputat Bachovius *lib. de pignorib. c.* 13. Et his porro facilè colligi potest, quid dicendum sit, si res vendita cum pacto retrovendendi ab emptore pignori obligata sit, & venditor postea oblato pretio præscriptis verbis aut ex vendito agat, ut contractûs fides servetur, & res sibi restituatur ex *l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vend.* nimirum pignus non solvi, contra Negusantium *dicta p.* 5. *membr.* 1 *num.* 44. Idem dicendum est, si donatarius rem sibi donatam pignori dedit, & propter ingratitudinem revocata sit donatio: quanquam id negent Pinellus, *ubi supra num.* 19. *&* Anton. Faber. *dec.* 23. *err.* 4. qui contendunt hoc casu pignus solvi. Pinellus hac ratione, quia donatarius invitus rem restituere tenetur: quæ ratio, quàm infirma sit, superiora satis ostendunt. Faber, quia donatio resolvitur ipso jure: quæ quidem ratio bona esset, si esset vera. Sed magis est, ut falsa sit. 1. Quia personalis tantùm actio ad revocandam donationem donatori datur, *l. his solis.* 7. *vers. actionem vero matris C. de revoc. donat.* 2. Quia actio illa revocatoria non transit ad hæredem *l.* 1. *d. l.* 7. *l. ult. C. eod.* 3. Quia exigitur mutatio voluntatis, *d. l.* 1. *& d. l. ult. vers. ex his.* 4 *arg. l.* 11. *ff. de reg. jur. l. traditionibus* 20. *C. de pact.* nec potest ullus dari textus, quo probetur ipso jure hic donationem resolvi. Nam quod in *d. l.* 7. *C. de revoc. donat.* dicitur, actionem qua mater ab ingratis liberis donationem revocat, ita personalem esse, ut vindicationis tantùm habeat effectum, nec in hæredem detur, nec tribuantur hæredi; non hoc significat eam actionem in rem esse, aut tantùm effectum actionis in rem habere: nulla enim actio in personam dari potest, quæ actionis tantùm in rem habeat effectum: sed hoc, effectum tantùm ultionis injuriæ habere, & vindictam solummodo persequi, non pecuniam. Nempe iis verbis indicatur ratio, quare placeat actionem, quæ adversus ingratos ad revocandam donationem datur, solis dari ipsis donatoribus; non etiam hæredibus eorum, quoniam scilicet effectum tantùm habet vindicationis, id est vindictæ & ultionis injuriæ, ut actioni injuriarum in hoc similis sit, quam con-

ſtat hæredi ejus, qui injuriam paſſus eſt, non dari, §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* Vindicare enim propriè eſt ulciſci, & vindicare injuriam ſibi factam in *l. 2. §. Item ſi 5. in fin. ff. de judic. l. deferre 18. §. ſed communem 7. ff. de jur. fiſc.* ſignificat exequi & crimen perſequi : adde Cujac. *lib. 4. obſ. c. 19.* Bachov. *lib. 5. de pign. c. 13.*

CAPUT VI.

An juri offerendi debiti luendique pignoris præſcribatur longiſſimo tempore, ſeu triginta aut quadraginta annis?

CReditor, qui ſecuritatem crediti pignus accepit, ſoluto debito illud reſtituere debet atque in eam rem prodita eſt debitori actio directa pigneratitia, *tit. ff. & C. de pign. act.* quæ actio toto genere differt ab ea quæ hypothecaria dicitur, quippe hypothecaria in rem eſt, daturque creditori ad pignus perſequendum contra quemcumque pignoris poſſeſſorem §. *item Serviana 7. Inſt. de act. l. pignoris 17. ff. de pignorib.* At pigneratitia eſt in perſonam, competitque debitori adverſus creditorem & adverſus hunc ſolum. Hypothecaria jure pignoris ſoluto expirat : pigneratitia tunc demum efficax eſt. Illa occaſione juris creditori in re conſtituti à prætore datur, hæc ex contractu naſcitur re pignoris cauſa tradita acceptaque. Veteres tamen abuſivo hypothecariam, quæ alias Serviana aut quaſi Serviana, etiam pigneratitiam appellant, *l. 3. §. 3. ff ad exhib. l. naturaliter 13. ff. de cond. ind. l. rem alienam 41. ff. de pign. act. l. ſi Titio 22. ff. de pignor.* quod notatu dignum. Cùm autem debitor actione pigneratitia efficaciter experiri nequeat, niſi toto debito exſoluto, quæſitum eſt, an jus illud, quod debitor habet, offerendi ſcilicet pecuniam & pignus luendi, præſcriptione triginta aut quadraginta annorum tollatur. Negant Rogerius in *dialog. tract. de præſcr.* Gail. 2. *obſ.* 18. Mynſing. 1. *obſ.* 16. & DD. ſi fides Gailio, communiter. Affirmant *Gloſſ. in l. 13. ff. de uſuc.* Coſtalius *ad l. mulier. 19. ff. qui pot. in pign.* Bachov. 5. *de pign. c. 20.* Neguſ. *p. 6. m. 2. n. 19.* quorum poſteriorum ſententia meo judicio probabilior eſt, eamque & communem eſſe ait Neguſantius. Negantium ſententia, ſeu affirmantium, poſſe pignus perpetuò lui etiam poſt triginta annos, defenditur hiſce ferè rationibus. 1. Quia ſolvere debitum, vel non ſolvere, ſi creditor non urgeat, eſt meræ facultatis : rerum autem meræ facultatis nulla eſt præſcriptio, *l. 2. ff. de via pud.* & ſibi imputare debet creditor, ſi debitore ceſſante ſolvere, ipſe eum non interpellaverit, & ad venditionem pignoris proceſſerit, aut non reperto emptore jus dominii impetravit, juxta *l. 3. C. de jur. dom. impetr.* 2. Quia præſcriptio actionis demum incipit currere, ubi actio nata eſt, *l. 7. §. 4. C. de præſcr. 30. annor. l. 1. §. ult. C. de annal. except.* At actio pigneratitia demum poſt ſolutionem aut oblationem & depoſitionem pecuniæ naſcitur, l. *ſi rem 9. §. 3. & ſeqq. ff. de pignor. act.* ac proinde ex eo demum tempore, quo pecunia oblata aut ſoluta eſt, utpote contra actionem jam natam currere incipiet præſcriptio. 3. Quòd cùm poſſeſſio creditoris ad uſucapionem proſit debitori, *l. qui pignori 36. ff. de acq. poſſ. l. ſervi 16. ff. de uſucap.* abſurdum ſit dicere præſcriptionem creditoris debitori etiam nocere, eique obſtare, quominus cum creditore actione pigneratitia experiatur, ut diſputat Cujacius ad *l. pignori 13. ff. de uſuc.* Atque hæc ſunt præcipua eorum argumenta, qui negant jus luendi pignoris ullius temporis præſcriptione tolli. Cæterum quominus huic ſententiæ ſubſcribam, impediunt illæ conſtitutiones, quæ diſertè volunt omnem actionem & omne jus ſive privatum, ſive publicum, triginta, ad ſummum quadraginta annorum ſpatio excludi *l. 3. l. 4. C. de præſc. 30. annor. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Tale autem utique jus eſt etiam jus debiti offerendi & luendi pignoris. Et cùm jus creditoris adverſus debitorem & adverſus tertium extraneum poſſeſſorem pignoris, item jus primi creditoris adverſus ſecundum, atque ex contrario jus ſecundi adverſus primum longiſſimi temporis præſcriptione tollatur, nunc triginta, nunc quadraginta annorum *l. notiſſim. 7. pr. & §. 2 & 3. de pr. 30. annor.* non video cur non etiam tanti temporis præſcriptione tolli poſſit jus luendi pignori. Falſum enim eſt, quod pro vero ſupponitur à contrariæ ſententiæ auctoribus in primo eorum argumento, nempè jus luendi pignoris eſſe meræ facultatis eo ſignificatu, quo rerum meræ facultatis negatur eſſe præſcriptio. Deſcendit enim illud jus ex obligatione, quam debitor in judicium deducere poteſt : alioqui omnis actio & perſecutio res meræ facultatis dicenda eſſet. Sed illud meræ facultatis eſſe dicitur, quod citra ullam obligationem aut conventionem cujuſque libero arbitrio jure omnium communi permittitur, quale eſt facultas eundi per viam publicam, quæ facultas nec ſolo non uſu amittitur, nec prohibitione aliena. Poſſum quolibet cœna-

culo aut conclavi ædium mearum liberè uti, nec si aliquo eorum longissimo tempore usus non sim, jure meo excludor: non tamen eo sensu, quo dixi, illud jus meum res est meræ facultatis: nam si alter re mea usus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet præscriptio. Similiter jure libertatis licet cuique tam altè, quàm velit, nullo statuto intercedente, ædificare: & quamvis aliquis per triginta annos non ædificaverit, non ideò tamen jus illud altius tollendi amittit. Estne ergo id jus meræ facultatis? Minimè. Nam si te altius ædificantem prohibuero, & ex eo tempore altius ædificatum non habueris per spatium præscriptioni statutum, procedet contra te præscriptio servitutis. In rebus autem, quæ propriè dicuntur esse meræ facultatis, prohibitio nihil efficit, *l. 2. ff. de via publ.* Malè igitur hæc omnia à plerisque conjunguntur & tanquàm paria habentur, quasi idem omnium esset effectus. Enim verò jus agendi de facto, ut loquuntur, seu ipsum agendi & nudum intendendi factum meræ facultatis est, eique nunquam præscribi potest, sed jus agendi cum effectu, ut obtineam quod peto, meræ facultatis non est, & præscriptione tolli potest, quale est jus luendi pignoris debitori ex contractu quæsitum. Sic si res aliqua venierit cum pacto de reverendo sine ulla temporis determinatione, puta ut fas sit venditori, quandocumque sibi libuerit redimere, non nisi intra traginta annos redimere poterit, quia actio personalis, quæ hac conventione nascitur, *l. 2. C. de pact. int. empt.* tanto tempore tollitur, *l. 3. C. de præsc. 30. annor.* neque clausulæ, *semper*, *quandocumque* extendi debent ultra terminos jure publico præscriptos actionum durationi. Nec verum est, quòd actio, qua quis oblato pretio ex pacto revenditionis petere potest rem venditam sibi restitui, sit meræ facultatis: non enim in absoluta facti potestate posita est, sed jure obligationi consistit, estque jus ex contractu alteri ab altero debitum, ut rectè Bronchorstius, *cent. 27. assert. 62.* qui tamen non idem admittit in casu, quem hic tractamus principaliter, *cent. 4. assert. 4.* quod mirum est. Secunda contrariæ opinionis ratio eodem vitio, quo prima, laborat: quippe quæ & ipsa nititur falsa hypothesi, nempe actionem pigneratitiam tùm demum nasci, cùm pecunia debita aut oblata est: nam actio pigneratitia eandem cum jure luendi pignoris nativitatis horam habet, id est, statim nascitur atque re contracta est. obligatio seu pignus creditori traditum, *l. 1. §. creditor. 6. de oblig. & act. §. ult. Institut. quib. mod. re cont. oblig.* Nec obstat quòd dicitur in *l. 9. §. 3. ff. de pign. act.* pecuniam exsolutam esse debere, ut nascatur pigneratitia actio id nam id accipiendum est de effectu & actu secundo, quia soluta demum pecunia efficaciter intentari potest: At respectu actûs primi statim, ut dixi, nascitur, nec aliud est quàm jus luendi pignoris. Sic etsi obligatio & actio empti nascitur quoad actum primum simulatque de pretio convenit, *Inst. de empt. & vend. in præs. & §. 3.* nisi tamen emptor pretium offerat, cum effectu agere non potest, *l. Julianus 13. §. offerri, ff. de action. empt.* An igitur non curret præscriptio longissimi temporis adversus actionem ex empto, nisi ex eo tempore, quo pretium oblatum est: Neminem adhuc legi, qui id dicat. Illud verum est, quòd non valenti agere propter impedimentum juris non currat præscriptio, veluti si obligatio diem habeat, *l. 7. § 4. C. de præsc. 30. annor.* in specie *l. 1. §. ult. C. de annal. except.* qui agitur de filiofam. cui ideo durante patria potestate præscriptio non currit, quia nec agere ea durante potest, quod est inpedimentum juris. At debitori nullum obstat impedimentum juris, quominus agat, sed facti duntaxat, puta quòd non habeat pecuniam. Denique nec tertia ratio, quæ Cujacii est, contrariam sententiam multùm juvat. Neque enim hoc dicimus, creditorem post triginta annos defendi jure aliquo acquisitionis aut propter usucapionem, sed solo tempore seu communi exceptione temporis quo ex lege Theodosii omnis actio finitur, atque ideo hîc nec titulum nec bonam fidem requirimus; sed sicut in actionibus temporalibus anni vel biennii, veluti injuriarum & doli, frustra de bona fide quæritur, ita & in hoc casu post triginta annos: alias nec actio commodati aut depositi tanto tempore finiretur. Itaque frustra & Bronchorstius, *cert. 4. assert. 4.* dum objicit, *l. nullo 24. C. de rei vind. l. un. C. de usuc. transform. l. 1. C. comm. de usuc.* quippe quibus locis agitur de usucapione aut longi temporis præscriptione, modis acquirendi dominii aut juris alicujus dominio proximi, qui sine justo titulo & bona fide, veraque possessione non procedunt. At nos agimus de actionis personalis præscriptione, quam sola parit negligentia non petentis & lapsus temporis. Sic etsi pretio possidenti non longissimo tempore acquiritur proprietas, *l. 2. C. de pr. 30. annor.* interdictum tamen & actio personalis triginta aut quadraginta annis finitur, *l. 3. & l. 4. C. eod. tit.* Minus obstant, *l. 10 & l. ult. C. de pign. act.* imo magis obstant contrariæ sententiæ, quod etiam Cujacius fatetur: loquuntur enim Imperatores de actione pigneratitia jam nata & cum effectu competente, solutione scilicet jam facta,

aut oblata consignataque pecunia, eamque longo tempore tolli negant, cùm tamen nemo sit qui neget eam tolli tempore longissimo.

CAPUT VII.

An ἀντίχρησις sit species pignoris, & an aliqua sit antichresis tacita?

QUæstio hæc non est vulgaris, & digna quæ diligentissimè excutiatur, propterea quòd Interpretes nostri non intellexerunt, quid sit ἀντίχρησις, & falsò sibi persuaserunt esse aliquam ἀντίχρησιν tacitam: quod primus observavit Claudius Salmasius ὁ πάνυ *lib. de mod. usur. c.* 14. Ut autem res tota penitùs intelligatur, primum referam, quæ ab interpretibus circà hanc rem tradita sunt, deindè quatenùs à vero aberraverint, ostendam. Interpretibus omnibus antichresis est species pignoris, cùm res ea conditione pignori datur, ut creditor percipiat rei fructus in vicem usurarum, donec debitor pecuniam solvat, *arg. l.* 11. §. 1. *ff. de pign. l. si pecuniam* 33. *ff. de pign. act.* Aliàs si tale pactum non intercesserit, constat non licere creditori pignore uti, §. 6. *Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* nec fructus eum lucrari, sed in sortem eos imputare debere, ita ut sortis obligatio minuatur, & quantum ex re pignerata fructum percepit, tantum ei in solutione sortis decedat, atque detrahatur, *l.* 3. *l.* 12. *C. de pign. act. l.* 1. *C. de distract. pign.* Atque hæc iis est antichresis expressa, quæ valeat, etsi perceptio fructuum legitimum usurarum modum excedat propter incertum fructuum eventum, *l. si ea lege* 17. *C. de usur.* quanquam domum hoc casu creditor ipse inhabitare, non aliis locare debeat, aut aliàs quod ultrà modum usuræ mercedis nomine accepit, in sortem imputare, *l. si ea* 14. *C. eod. tit.* Est & Interpretibus nostris tacita quædam antichresis, quando scilicet nihil de usuris, nihil etiam de fructibus usurarum vice percipiendis dictum est; sed pecunia gratuita, id est, sine ulla usurarum expressa mentione credita est, & res talis pignori data, quæ fructus ferat, quasi ipsa datione, eam res pignori datur, quæ fructus profert, illud convenisse tacitè intelligatur, ut fructus loco usurarum & compensationis cujusdam vice, retinere creditori liceat: si enim debitor eo animo noluisset tradere pignus fructuum ferax, protestari eum debuisse aiunt, nolle se ex pignoris sui fructibus quicquam sibi decedere. Sed hanc tacitam conventionem ἀντιχρήσεως non efficere, ut legitimus usurarum modus excedatur. Rationem hanc esse, quia cùm creditor usuras stipulatus non sit, sed gratuitam pecuniam mutuo dederit, humanitate debitoris, qui fructus ei ex re pignerata beneficii loco percipere concessit contentus esse debet, cùm sibi nulla conventione prospexit, & totum hoc, quantumcumque percipit, ex debitoris humanitate percipiat, *l. cum debitor.* 8. *ff. in quibus causis pign. tac.*

Sed non unus interpretum hic error est, 1. quod crediderunt ἀντίχρησιν nihil aliud esse, quàm contrarium usum, cùm ea voce significetur contrarium mutuum: quippe χρῆσις Græcis non solùm est usus, ἀπὸ τοῦ χρῆσθαι, sed etiam mutuum, ἀπὸ τοῦ χρῆσαι, quod est à χράω seu κίχρημι, commodo, do mutuum, utendum do, δανείζω, unde χρήστης creditor. Hinc ergo & ἀντίχρησις, contrarium mutuum. Marcianus in *l. si pecuniam* 33. *ff. de pign. act.* tropica locutione pro fundo ἀντιχρηθέντι accepit, uti & χρῆσις ipsum mutuum est, & res quæ mutuò datur. Idem Marcianus in *l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* ita scribit: *Si* ἀντίχρησις *facta sit, &c.* Hic sanè antichresis non potest accipi pro mutuo usu. Quid enim esset mutuum usum facere? At mutuum facit, qui mutuum dat; ergo antichresin facit, qui dat è contrario mutuum debitor tradendo fundum aut ædes, ut ex fructibus aut pensionibus creditor compensationem usurarum percipiat. Cæterùm impropriè ἀντίχρησις dicitur contrarium mutuum, quia mutuum tantùm in rebus, quarum usu in abusu consistit, locum habet, quanquam Latini etiam in his, quæ solo continentur, cùm ad usum commodantur. Auctor Dialogi de Oratore; *Domum mutuatur & auditorium extruit, & subsellia conducit:* ut & commodare pro mutuo dare, Cicero *Verrin.* 5. *Commodasti tritici modios sexaginta.* Caper vetustissimus Grammaticus *Commoda*, χρῆστον.

2. Quod crediderunt in pura antichresi creditorem habere jus pignoris. Nam si jus pignoris creditor in antichresi sive contrario mutuo haberet, utique possessione ἀντιχρήσεως amissa, eam repetere posset actione hypothecaria. At in *l.* 11. §. 1. *ff de pign.* non hypothecaria, sed in factum actione isto casu agi solere scribit Jurisconsultus. Et hoc tantùm ait creditorem pignoris loco retinere possessionem, donec ei pecunia solvatur: quod & Cujacio suboluit, *lib.* 3. *obs. cap.* 35. *in fin.* quanquam putat tentari posse hypothecariam quoque creditori competere, nulla tamen nixus auctoritate, nisi Marciani in *l. si pecuniam* 33. *ff. de pign. act.* ubi τροπικῶς Jurisconsultus ἀντίχρησιν appellat pignus, ἀντιχρηθικὸν, sive

fundum cum pacto ἀντιχρήσεως oppigneratum. Non obstat *l. Gajus Sejus 39. ff. de pign. act.* nam in specie, quæ illic proponitur, pignus revera non intervenit, nec ab initio vera antichresis fuit, sed posteà pactum intercessit, ut creditor pignus suum, hoc est, fundum debitoris, in compensationem pecuniæ ad certum tempus possideret vice ἀντιχρήσεως. Pura vero antichresis non est pactum in pignore, cùm nec ipsa pignus sit, sed contrarium mutuum, V. C. das mihi pecuniam mutuam sub conditione, ut accipias fundum in antichresin, cujus fructus percipias pro præstatione usurarum, quas à me legitimas stipulari potes. In hac χρήσεις & ἀντιχρήσεις nulla pignoris mentio, nec ullum pignus. Speciem veræ puræque ἀντιχρήσεως nobis exhibet *l. si ea pactione 14. Cod. de usur. & d. l. 11. §. 1. ff. de pign.* At in *l. si ea lege 17. Cod. de usur.* ut verba ipsa ostendunt, non agitur de pura ἀντιχρήσει sed de pignore ἀντιχρηστικῷ, sive cum pacto ἀντιχρήσεων.

3. Errant, quòd putant esse aliquam tacitam antichresin. Nam nulla potest esse tacita antichresis, quæ quidem vera sit. Quemadmodùm enim nulla χρῆσις est tacita, ita nec ulla vera ἀντιχρησις sed oportet conventione id actum esse. Si aliqua tacita est antichresis secundùm Doctores, ut creditor fructus ex re pignerata sine conventione expressa percipere, & in usuras imputare queat, quonam casu procedet illud, quod tot locis simpliciter traditum est, creditorem fructus ex re sibi pignerata perceptos in sortem imputare debere, *l. 1. l. 2. l. 3. l. ult. C. de pign. act. l. 1. C. de distr. pign.* an ex solo, quo prostratus est debitor se nolle pignoris sui fructus lucro cedere creditoris? Hoc autem dicere valdè absurdum, ne dicam ineptum est. Neque enim ex pignoris conventione conventio tacita super usuris facta intelligi potest; quoniam pignoris finis est, ut creditori cautum sit de sorte, ne moretur in damno: nec adeò rationi convenit: ut ad alium finem dationem pignoris torqueamus, ut creditor lucretur fructus pro usuris, & ita circumveniatur miser debitor, & dum se gratuitam pecuniam putat accepisse, gravissimis usuris subjiciatur, id est, centesimis. Non adversatur, *l. 11. Cod. de usur.* nam locus iste intelligendus est de prædiis obligatis cum pacto ἀντιχρήσεως, cum sc. convenit, ut in vicem usurarum creditor fructus perciperet: & hoc tantùm dicitur oblatione pecuniæ antichresin dissolvi, & pignus ἀντιχρηστικὸν mutari in simplex. Frustrà autem putant Doctores nostri sententiam suam de tacita antichresi confirmari, *l. 8. ff. in quib. caus. pign. tac.* Thema hujus legis est, Titius gratuitam pecuniam credidit Sejo, & ab eo accepit pignori fundum. Etsi de usuris nihil convenit, potest tamen Titius, si nolit amplius gratuitam esse pecuniam, Sejus debitor interpellatus moram solutioni faciat, de fructibus rei pigneratæ usuras ex eo tempore retinere, dum ad legitimum modum id faciat. Ampliores autem, quàm sunt legitimæ usuræ, fructus percipere non potest, ut in vera antichresi, quia tale nihil convenit. Tantùm id servare potest, quod ipsius interest pecunia sua alium se invito non uti. In antichresi non potest mutuum repetere creditor, quandiu possessionem ἀντιχρήσεως retinet. Aliud verò est in gratuita pecunia, quæ ut plurimùm arbitrio creditoris repeti solet. Sed nec tacitum pignus aut tacita hypotheca hæc, de qua agitur, dici potest. Nam de eo conventio expressè facta videtur, ut pignus illud traderetur creditori pro pecunia credita. Quippè nisi ex pignore tradito non potuisset creditor retinere fructus nomine usurarum: Cæterùm cùm fructus prædiorum oppigneratorum nominatim pignori dari possint, *l. 1. §. 2. ff. de pign.* & cum pro usuris pignora quoque accipi jus sit, *l. grege 13. §. ult. ff. eod.* tacito velut pignore fructus rei pigneratæ potest creditor in compensationem usurarum retinere, etiamsi ex pacto non debeantur. Nec tamen potest ultrà legitimas, quia vel hoc ipsum, *usque ad legitimas*, in usuris quæ pactæ non sunt, si æquum visum est, ulterius iniquum foret. Atque ut in bonæ fidei judiciis ex mora usuræ debentur & peti possunt, ita in gratuitæ pecuniæ mutuò, si moram fecerit debitor, usuras de quibus non convenit, creditor per retentionem servare potest ex fructibus rei oppigneratæ. Sic cùm usuræ exigi non possunt, in strictis judiciis nisi in stipulationem deductæ, possint tamen per retentionem pignoris servari, *l. 3. l. 4. C. de usur.* non dissimili ratione per retentionem fructuum rei pignori datæ posse usuras, de quibus præstandis nihil convenit, servari atque ad modum legitimum compensari, licet exigi non possint, velle videtur Paulus in *d. l. 8. ff. in quibus caus. pign. tac.* Illud dissimile est, quod in *d. l. 4. C. de usur.* saltem pacto de usuris convenerat: sed tunc usuræ per retentionem pignoris servari possunt etiam ubi mora non intervenit. Hotomannus *l. 4. obs. c. 4.* contendit apud Paulum in *d. l. 8. ff. quibus in caus. pign. tac.* deesse negationem, & Jurisconsultum ita

scripsisse, *Cùm debitor non gratuita pecunia utatur.* Quod & Salmasius magis probat, quàm Paulus, cùm sic loquitur: rationem afferat cur de fructibus rei pigneratæ usuras retinere creditor possit, quia scilicet non utebatur debitor pecunia gratuita, & usuras pactas non solvebat. Quòd si ponamus usuras non esse pactas, aut pactas à debitore solvi, procedere debere dispositionem, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *C. de pign. act. l.* 1. *C. de distract. pign.* nec obstare, quod suprà aliquoties dictum est, antichresin liberam esse legibus, quæ certum modum usuris posuerunt, *l.* 14. *l. si ea lege* 17. *de usur.* Illud enim verum quidem esse in pura veraque antichresi, aut etiam in pignore ἀντιχρήσει actum fuit, ut pro usuris pecuniæ creditæ, fructus fundi in antichresin traditi cederent lucro creditoris, ut in *d. l.* 14. *& l.* 17. At hìc quæstionem esse de usuris, quibus solvendis debitor moram facit, cùm de fructibus in compensationem usurarum percipiendis nihil dictum est. Cùm igitur de fructibus fundi oppignerati circa pactum ἀντιχρήσεως debitore non solvente, usuras retinere posse dicatur creditor, non posse eum excedere legitimas usuras, quæ solæ ipsi debentur. Quod superfuerit ex fructibus sorti imputandum esse. Ità Salmasius *lib. de mod. usurar. c.* 14. cui propè est ut assentiar.

CAPUT VIII.

An & quando evictioni sit locus in hæreditate vel actione vendita, & donatione vel legato?

EVincere est rem jure judicioque auferre. Locum autem præcipuè habet evictio in emptione. Nam cùm emptor non solùm rem emptori tradere teneatur, sed etiam emptori præstare, rem habere, tenere & usucapere licere, *l.* 15. *§.* 2. *l. servus* 30. *§. ult. ff. de act. empt.* ideo si res evincatur, meritò emptori evictionem præstat: quæ præstatio pars est obligationis empti & venditi, *l. in vendendo* 66. *ff. de contr. empt. l.* 6. *C. de evict.* Cæterùm & in aliis quoque contractibus evictio præstatur, ut in permutatione & in solutum datione. De permutatione est textus in *l. si permutationes* 29. *C. de evict.* Ratio est, quia permutatio emptioni ferè est similis, *l.* 5. *ff. de rer. permut.* Illa tamen differentia est, quod de re empta evicta datur actio ex empto, *d. l.* 6. *C. de evict.* At de re permutata evicta datur actio præscriptis verbis, *l.* 5. *§.* 1. *ff. de præsc. verb.* Datio quoque in solitum venditioni comparatur, *l.* 4. *C. de evict. l. eleganter* 24. *pr. ff. de pign. act. l.* 4. *§. auctoris* 31. *de dol. mal. except.* & ideo placuit etiam in datione in solutum evictionem præstari, *d. l.* 4. *C. de evict.* atque ei, cui res in solutum data evincitur, utilem ex empto actionem de evictione dari, *d. l.* 24. *pr. de pign. act. d. l.* 4. *C. de evict.* de quo tamen vide Cujacium *lib.* 19. *obs.* 38. Sed & in judicio familiæ erciscundæ, quoniam rerum hæreditariarum inter cohæredes divisio quasi quædam venditio est, *l.* 1. *C. comm. utriusque judic.* æquum visum est eos inter se evictionis periculum præstare, *l. hæredes* 25. *§. idem curare* 21. *ff. fam. ercisc. l. si familiæ.* 14. *C. eod.* Et idem quoque obtinet in judicio communi dividundo, *d. l.* 1. *C. comm. utriusque judic.* Excipiuntur tamen nonnulli casus, quos hìc recensere præter institutum esset, *vid. l. cum pater* 77. *§. evictis* 8. *ff. de legat.* 2. *l.* 7. *& ibi* Bart. *&* DD. *C. comm. utriusq. jud. d. l.* 14. *C. famil. ercisc. l. si fundum* 27. *C. de evict.*

Sed quid in hæreditate vendita? Multùm interest, utrùm certæ quædam res hæreditariæ veneant, an ipsa hæreditas. Priore casu venditor tenetur ex empto, ut eas res suo sumptu & periculo persequatur, & vacuam earum possessionem emptori tradat, *arg. l.* 2. *§.* 1. *l.* 3. *pr. ff. de act. empt. arg. l.* 3. *junct. auth. nunc si C. de litigios.* item tenetur venditor, ut in singulis rebus hæreditariis venditis præstet evictionem; quia quot sunt res, tot sunt evictiones aut evictum causæ, *l.* 1. *C. de evict.* Posteriore autem casu si hæreditas veneat, non tenetur venditor ullam rem hæreditariam emptori tradere, nisi quam habet in sua potestate. Et rursùs non tenetur in singulis rebus hæreditariis præstare auctoritatem seu evictionem. Ratio differentiæ est, quia hæreditas nomen juris est, & qui hæreditatem vendit, non vendit res corporales, quæ in hæreditate continentur, sed jus successionis, quod est incorporale, atque hoc jus esse, id est, esse hæreditatem, & se hæredem esse, dolumque malum præstare tenetur, non etiam tradere corpora hæreditaria, nisi ea quæ ad ipsum pervenerunt, vel quæ dolo fecit, ne ad se pervenirent, ita cape textum in *l. qui filiifam.* 14. *§.* 1. *ff. de hær. vel act. vend.* Cæteras autem res hæreditarias, quæ ad hæredem non pervenerunt, nec dolo fecit quominùs pervenirent, non tenetur emptori hæreditatis tradere, sed liberatur præstando & cedendo emptori earum rerum persecutiones, *l.* 2. *§.* 3. *ff. eod. tit.* Emptor autem eas

suo sumptu & periculo persequitur, *l. 1. C. de evict.* Et rursùs si evincantur emptori, quæ traditæ illi sunt, venditor eo nomine de evictione non tenetur neque ab initio de evictione cavere sive repromittere cogitur, *d. l. 1. C. de evict.* ubi excipitur nisi nominatim convenerit, ut evictio rerum singularum præstetur. Donellus post alios *ind. l. 1.* Ratio est, quia si res, quæ evicta est, non fuerit hæreditaria, nec veniit, non enim plus aut minus juris habet emptor, quàm venditor, *l. 2. pr. ff. de hæred. vel act. vend.* Si autem fuit hæreditaria, & per injuriam judicis evicta est, non tenetur venditor, quia injuria, quæ condemnato facta est, potiùs apud illum manere, quàm ad alium transferri debet, *l. si per imprudentiam 51. pr. ff. de evict. l. 13. C. eod. l. exceptione 67. ff. de fidejussor.*

Quod de hæreditate vendita dictum est, id etiam obtinet, si quolibet aliud jus veneat, non corpus; veluti si veneat peculium servi, quod est nomen juris non corporis: item si veneat nomen debitoris, quod etiam juris est, ut syngrapha seu cautio. Etenim venditor duntaxat præstare debet, ut sit peculium, vel ut sit nomen; item dolum malum, non etiam ut obtineatur aliquid, vel feratur ex peculio aut nomine seu actione vendita, *l. 5. ff. de evict. l. 4 ff. de hæred. vend.* Et est textus optimus in *l. si plus 74. §. ult. de evict.* Undè nec beneficium, *l. 2. C. de resc. vend.* locum habere in hæreditate vel actione vendita rectè statuunt juris interpretes. Una hîc exceptio est, nisi nominatim convenerit, quid quantumve in hæreditate vel actione vendita contineatur, atque ut id se præstiturum, ut obtineri possit, emptori venditor promiserit, *l. 2. C. de evict. l. nisi 18. ff. de hæred. vend. l. 5. l. si plus. C 74. pr. ff. de evict.* Quòd si hæreditatem vel actionem sibi non competentem vendidit, nullum dubium est, quin hoc casu evictionem præstare debeat per jura allegata.

Quid verò in donatione? Donatio emptioni planè dissimilis est, cùm sit ex causa lucrativa. Itaque si quis rem alienam donavit, eaque donatario evicta est, non tenetur donator de evictione, etiamsi id pacto comprehensum sit, sed opus est stipulatione, *l. 2. C. de evict.* quoniam odiosum est, donatorem ex sua libertate hanc molestiam pati, quanquam discrimen illud stipulationis & pacti moribus sublatum est. Etsi autem donator de evictione circà stipulationem non tenetur, tamen si sciens rem alienam donavit nescienti, tenetur actione de dolo ad id quod interest, si donatarius sumptus fecerit in rem donatam, *l. Aristo. 18. §. ult. ff. de donat. l. ad res. 62. ff. de ædil. edict.* bene Donellus ad *l. 2. C. de evict.*

Eadem ratione, quia legatum species quædam donationis est, hæres rei certæ legatæ, puta Stichi, evictionem non præstat, *l. cum pater. 77. §. evictis 8. ff. de leg. 2. l. si à substituto. 45. §. 1. & 2. ff. de leg. 3.* nisi testator sciens rem alienam esse, eam legaverit ab hærede: quia ex conjectura voluntatis præsumitur testator hæredem onerare voluisse periculo evictionis per *l. Sticho 36. in fin. ff. de usufr. leg.* Quòd si generaliter res legata sit, puta servus, hic placet etiam hæredem evictionem præstare, *l. hæres 68. de evict. l. si domus 71. §. 1. ff. de legat. 1.* Quod autem suprà dixi donatorem non præstare evictionem, quoties stipulatio de evictione non intercessit, id simpliciter procedit & verum est, sive à traditione, sive à promissione donatio inceperit. Nam donator ultrò sine pacto rem donans & tradens, ea evicta non tenetur. Ergo nec nunc tenebitur, cùm ex pacto actionem, ut res traderetur, non autem ut ea evicta præstaretur evictio, *l. 35. C. de donat.* Donell. *ad l. 2. C. de evict.* dissentit Caballin. *de evict. §. 3. n. 3.*

CAPUT IX.

An & quomodo fœnus differat ab usura?

Veteres usuram pro usu dixisse certum est, qua in significatione passim ea voce utitur Cicero, ne quis putet nimis cæcam, *lib. 1. Tusculan. Natura,* inquit, *dedit usuram vitæ, tanquam pecunia nulla præstituta die.* Idem pro *Rabir. & Verrin. 7. usuram lucis l. 3. epist.* ad Appium Pulchrum, *usuram temporis* dixit, pro usu. Plauto uxor usuraria, cujus usuram, id est, usum corporis ad tempus aliquis cepit. Idem in *Trinummo; Nec adeo hancce emi mihi, nec usuræ meæ,* id est, ad usum meum. Et hac significatione creditor ipse usuram dat, nullumque mutuum est sine usura, id est, sine usu. Usura verò, quam debitor pro usu pecuniæ solvit, longè aliam notionem habet. Vectura vocatur merces, quæ pro vectione datur, ναῦλον latura; quod pro onere ferendo accipiebat Bajulus, φόρετρον. Mercatura lucrum de merce, ut notat Nonius. Similiter & usura est merces, quæ pro usu pecuniæ datur. Et observare licet veteres auctores, usuram de usu in numero singulari potiùs usurpasse, usuras verò dicere maluisse numero plurativo, quæ ob usum fœnebris pecuniæ debentur, qui τόκοι Græcis. Cicero, *Verrin. 4. Quis enim hoc*

fecit unquam, ut cùm Senatus publicanos usura sæpè juvisset, magistratus à publicanis pecuniam pro usuris audeat auferre? Qui pecuniæ usura aliquem juvat, is est, qui pecuniam illi dat utendam. Usuras pro pecunia aufert, qui exigit mercedem pro usu pecuniæ. Usura igitur propriè loquentibus est χρήσεως, usuræ τόκοι. Hinc usuræ trientes, quincunces, semisses, &c. Centesimas singulas dixit Cicero *in epistolis ad Atticum*, & binas centesimas 5. *Verrin.* Ita bene & eruditè D. Salmasius, *lib. de usur. c.* 4. Cæterùm usuræ aut usurarum appellatione non tantùm significatur ea quantitas quæ pro usu fœnoris pecuniæ solvitur, verùm etiam ea quæ ex alia causa, quam mutui, ex conventione aut mora debetur. Itaque sic rectè definitur usura, pecunia quæ pro usu sortis, aut alias ultra sortem præstanda est. Sors hic significat quantitatem principaliter debitam, usuræ sunt accessio sortis, & ideò sublata obligatione sortis & ipsæ deberi desinunt, *l. tutor.* 41. §. 1. *ff. de usur. l. acceptam.* 19. *C. eod. l.* 4. *C. de compens.*

Fœnus à fœtu dictum putant Varro, Gellius, Nonius, quasi fœtura quædam pecuniæ, ut Græci τόκον ἀπὸ τοῦ τίκτειν dicunt. Doctissimus Salmasius loco supra citato dictum putat à Græco π ῖκος, quod idem valet, quod ποινή & probabilius est. Nam ποινὴ non tantùm pœnam, sed etiam mercedem, pretium significat, sicut τιμὴ & pretium pro pœna proponitur. Terentius in Andria, *Ego pretium ob stultitiam fero*, id est, pœnam. Perfidiæ pretium, id est ultio, apud Ovidium. Nec verum est, quòd fœnus sit fœtus pecuniæ, aut idem quod Græcis τόκος, ut mox clarè demonstrabitur. Crediderunt Interpretes, atque inter eos etiam oculatissimi quique, usuram esse nomen generis fœnus speciei; & omne quidem fœnus esse usuram; at non contra omnem usuram esse, fœnus. Fœnus aiunt significare eam usuram, quæ accipitur pro mutuo: undè passim fœneratores appellantur, qui pecuniam dant mutuam sub usuris. Quamvis enim in specie fœnus hoc appelletur; tamen usuram quoque appellari, quasi hîc fœnoris & usuræ appellatio confundatur, *arg. l. 6. pr. & l. 7. ff. de naut. fœn.* ubi Paulus usuras maritimas appellat fœnus nauticum, arg. rubricæ, quæ est de fœnore nautico. Eas autem usuras, quæ ex mora aut re ipsa debentur, nunquam appellari fœnus, nec qui eas accipiunt aut petunt, fœneratores dici. Sed insignis hic Interpretum error est, quem dixerit Salmasius, *d. loc.* Etenim fœnus non simpliciter significat usuram pecuniæ creditæ, sed pecuniam creditam sub usuris, æs alienum sub usuræ contractum δάνειον ἔντοκον. Usura est merces fœnoris. Tacitus *de morib. German. Fœnus agitare & in usuras extendere ignotum, ideòque magis aversantur, quàm si vetitum esset.* Idem *lib. 6. Annal. ut debitores duas partes fœnoris solverent dixit*, pro quo Suetonius in eadem re narranda, *æris alieni duas partes.* Titulus ff qui tractat. de trajectitia pecunia, inscriptus est *de nautico fœnore* non *de nautica usura*, & apud Græcos περὶ ναυτικοῦ δανείου, non περὶ ναυτικοῦ τόκου. Quare, quia in communi mutuo usuræ successivè currunt, & pro rata temporis solvuntur seorsim ab ista sorte, cùm in trajectitia pecunia de sorte simul solvenda cum usuris in exitu navigationis fiat conventio. Nimirùm totum fœnus simul solvebatur & semel, hoc est, sors ipsa cum usuris. Utique in *l. 3. C. de naut. fœnor.* nauticum fœnus, quod datum dicitur, non potest accipi pro usura nautica. Id enim dedit creditor, qui usuram dedisse dici non potest: & quod initio appellatur fœnus nauticum, posteà dicitur pecunia fœnebris. Igitur nauticum fœnus est pecunia fœnerata sub usuris nauticis. Frivola autem illa collectio est, sub titulo de fœnore nautico fit mentio usurarum maritimarum, ergo usuræ maritimæ sunt idem, quod fœnus nauticum. Quare enim sub eo titulo non possit fieri mentio earum usurarum, quas fœnus nauticum parit? Res est clara, si fœnerari est δανείζειν, fœnus est τὸ δάνειον & quidem ἔντοκον; nam gratuitum est ἄτοκον. Undè apparet verum esse quod modò dicebamus: fœnus non esse fœturam pecuniæ, sed usuras esse fœtus & partus fœnoris, τοὺς τόκους δανείου. Ac neque in hisce locutionibus *fœnore dare, fœnore pecuniam occupare*, fœnus pro usura accipitur, sed pro mutuo fœnebri. Neque dicunt Latini pecuniam usuræ dare, aut usuris eam occupare: non enim est occupata usuris, sed credito, ut usuras pariat: rectè autem dicimus, credere pecuniam sub usuris, δανείζειν ἐπὶ τόκῳ. Sic sumere pecuniam fœnore dicimus δανείζεσθαι παρά τινος non sumere usura. Sic locare pecuniam fœnore dicitur, qui credendo locat, ut mercedem, id est, usuram recipiat. Usura locare pecuniam nemo dixerit. In fœnore pecuniam habet, aut nummos in fœnore positos, qui eos habet in rebus creditis: neque enim in usuris tantùm habere pecuniam existimandus est, sed etiam in sorte ipsa. Valerius Maximus *lib. memorab.* 8. de Considio quodam. *Cùm centies atque quinquagies sestertii summam in fœnore haberet, neque de sorte quemquam debitorum suorum, neque de usura à suis appellari passus est.* Ergo fœnus & sortem & usuras comprehendit. Veteres dicunt: usuræ trientes, fœnus trientarium. Usuræ trientes sunt, quæ trientem cen-

tesimarum dant: fœnus trientarium, quod usuras trientes reddit. Sic fœnus unciarum, quod usuras uncias exigi. Tacitus *lib. 5. annal. Duodecim tabulis sanctum, ne quis unciario fœnore amplius exerceret.* Denique fœnus exercere dicimus; usuras exercere, dicere non licet. Exercemus terram, quæ colitur, ut fructum reddat: non exercemus fructus. Plura si quis desideret, adeat Salmasium *lib. de usur. cap. 2.* planè non negamus interdum fœnus pro usura poni; sed cùm id fit, tropica est locutio; quia nunquam fœnus est sine usura.

CAPUT X.

An & quatenus mora debitoris noceat fidejussori?

OMnes debitores, qui certam rem debent, liberari ejus rei interitu sine culpa eorum & antè moram ab iis commissam contingente sæpè responsum est, *l. 5. ff. de reb. cred. l. si ex legati 23. ff. de verb. obligat. l. penult. ff. de solut.* Ex contrario veterum regula est, moram perpetuare obligationem, licet casu fortuito res extincta sit: quod hanc habet sententiam, si res debita postea perierit, quàm per debitorem stetisset, quominus eam daret, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuò teneri, ac si res adhuc extaret, *d. l. nemo 23. l. 82. §. 1. l. si servum 91. §. 3. & seqq. ff. de verb. obl.* ubi circa finem quatuor effectus ejus perpetuationis recensentur, 1. quòd adhuc res ipsa peti possit. 2. quòd accepta ferri. 3. quòd adhuc fidejussor ejus obligationis possit accipi. 4. quòd possit novari, id est, in aliam obligationem transferri. Fidejussoribus quoque perpetuari obligationem in *d. l. 91. §. 4. in fin.* responsum est, & alibi ab eodem Jureconsulto, cùm reus moram facit, & fidejussorem teneri, *l. si quis solutioni 24. §. 1. ff. de usur.* Sed quid verbis illis intelligit Jurisconsultus? an quemadmodum ex mora ipsius rei obligatio sic augetur, ut usuras quoque in bonæ fidei judiciis ex eo tempore debere incipiat, ita quoque augetur obligatio fidejussoris propter moram rei, ut & ille quoque ad usuras jam teneatur? Nequaquàm; sed hæc Jurisconsulti sententia est, sicut mora principalis debitoris efficit, ut licet res debita casu perierit, dummodò post moram obligatio in persona debitoris perpetuetur, ut nihilominus rei debitæ & peremptæ æstimationem debeat, ita cum eodem effectu obligationem perpetuari & durare in persona fidejussoris, *l. si à colono 58. §. 1. ff. de fidejuss.* & hactenus quoque moram rei nocere fidejussori, *l. mora rei 88. ff. de verb. obl.* quod & in cæteris accessionibus obtinet, veluti in mandatore, & patre, qui de peculio obligatus est contractu filii *l. cùm filiusf. 48. pr. d. l. si servum 91. §. 4 & 5. de verb. obl.* Quòd si quis hujus juris rationem quærat, cur scilicet post moram debitoris re perempta obligatio perpetuetur etiam in persona fidejussoris, inveniet illam apud Paulum in *d. l. 91. §. 4.* hanc nempe, quia in totam causam spopondit, id est, omnia quæ principaliter in obligationem deducta sunt. Atque hoc quidem, quod diximus, reo moram faciente obligationem perpetuari etiam fidejussoribus, omni dubio caret. De eo autem inter omnes non convenit; an sicut reus principalis ob moram in bonæ fidei judiciis usurarum quoque nomine tenetur, *l. mora, 32. §. 2. de usur.* ita & de his ob moram debitoris teneatur fidejussor? Sed hoc omnino negandum est, propter rationes subjectas. 1. Quia ob moram aut culpam rei non oportet augeri obligationem fidejussoris, ut disertè responsum est in *l. centum Capuæ 8. ff. de eo quod cert. loc. l. ult. ff. de fidejuss.* Atqui si fidejussor ex mora rei usuras præstare teneretur, augeretur utique fidejussoris obligatio propter moram contra d. textum. 2. Si mora rei obligaret fidejussorem ad usuras, teneretur fidejussor etiam ad usuras præstandas, quamvis ad eas se non obligavisset. Atqui non tenetur fidejussor ad usuras, nisi ad eas quoque se obligaverit, *l. si mandator. 8. C. quod cum eo qui in al. potest.* ibi. *Si te omnibus obligasti.* Igitur ex contrario, si te his omnibus non obligasti, non teneris & 3. Arg. *l. fidejussores §. 1. ff. fidejuss.* ubi negat Jurisconsultus fidejussores, qui in sortem se obligaverant, in usuras teneri. 4. Ut alieno nomine conveniri potest, qui omnino pro alio se non obligavit, *l. nec intentio 23. C. de transact. l. pen. C. ne ux. pro mar. l. 1. C. ne fil. pro patr.* ita nec is qui pro alio se obligavit, ultra quàm in quantum se obligavit, conveniri potest: quia hactenus verum est, eum obligatum non esse: siquidem partis eadem ratio est, quæ totius, *l. quæ de tota 76. ff. de rei vind.* Ex his efficitur, fidejussorem in usuras non teneri ex mora rei, nisi in eas quoque se obligaverit. Hinc quæritur, quando fidejussor censeatur etiam ad usuras se obligasse? Et quidem si ad certam summam duntaxat se obligavit, in usuras se obligasse non videtur, *l. fidejussores 68. §. 1. ff. de fidejuss.* Quid igitur? Tunc in usuras quoque tenetur fidejussor, cùm vel expressè in has quoque se obligavit, vel se obligavit in omnem causam, *l. quæro 54 pr. ff. locat. l. 5. C. de pact. int. empt. & vend. l. 2. §. pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert.* In omnem au-

tem causam se obligasse intelligitur, qui hoc modo fidejussit: *In quantùm illum condemnari ex bona fide oportebit l. tantùm fide tua esse jubes?* vel ita, *indemnem me præstabis? d. l. quæro.* Quanquam non semper ad hoc, ut fidejussor in totam causam obligatus intelligatur necesse est, ut hujuscemodi verba disertè exprimantur, de quo plura paulò post. Quòd si stipuletur creditor, quicquid debitorem dare facere oportet, non in omnem causam, sed in præsentem duntaxat obligationem spopondisse fidejussor intelligitur. At si addat creditor, *oportebitve*, in omnem causam fidejussio facta censetur, *l. si stipulatus 76. § 1. l. si à colono 89. ff. de verb. oblig.* Igitur cùm moræ duplex sit effectus, unus ut in bonæ fidei contractibus usuræ & fructus præstentur: alter ut in omnibus tam stricti juris, quàm bonæ fidei judiciis, species debita post moram perempta adhuc debeatur; prior moræ effectus fidejussori, nisi in omnem causam fidejusserit, non nocet, posterior nocet. Excutiamus jam locos aliquot, qui huic sententiæ obstare videntur. Ex his unus est ille Pauli in *l. si servum 91. §. nunc videamus 4. in fin. ff. de verb. obli.* ubi Jurisconsultus agens de fidejussore in rem certam accepto, ait eum in totam causam spopondisse. Respondeo, vocabulum causæ non uno modo semper accipitur: sed aliquando refertur ad rem ipsam, quæ in obligationem deducta est, & condemnationem quæ circa ipsam versatur, ut in *d. l. si servum* §. 4. Aliquando significat omnem utilitatem rei & negotii, de quo agitur ut in *d. l. quæro. ff. locat. l. præterea 20. ff. de rei vind. l. videndum 38. §. si actionem 7. ff. de usur.* Itaque pro re subjecta illud explicandum erit. Atqui in *d. l. si servum* § 4. non quæritur de usuris aut accessionibus rei in obligationem deductæ; sed de re ipsa & condemnatione re post moram perempta facienda, nempe an interitu rei, qui post moram accidit debitoris, liberetur fidejussor, nec ne, ut apparet ex ipso textu & §. præcedente. Adde quod de usuris quæri non potest, nisi pecunia debeatur, nec de rei interitu, nisi certa debeatur species; cùm nec quantitas debita perire possit, *l. incendium 11. C. si cert. pet.* nec usurarum quæstio moveri, ubi non debetur quantitas.

Eadem ferè responsio est ad *l. si quis 56. §. 2. ff. de fidejuss.* ibi *in omnem enim causam acceptus videtur.* Ecce enim non dicit Jurisconsultus, fidejussorem in omnem causam obligatum esse simpliciter, sed addit, quæ ex numeratione nasci potest. Unde apparet hoc referendum esse ad principalem obligationem, non ad accessiones ejus, ut hic sit sensus, fidejussorem se obligasse videri in casum tam consumptorum nummorum, quàm extantium, id est, & acceptionis, si pecunia fuerit dantis, & consumptionis, si aliena. Magis adversari videtur *l. amissi 52. §. 2. ff. de fidejuss.* ubi Papinianus ait fidejussores à colonis datos etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri, id est, ob æstimationem instrumentorum, quæ prædiis sic attribuuntur, ut dos nuptiis *l. 2. §. ult. l. Seiæ 20. §. 1. ff. de instruct. vel instrum. leg.* Respondeo, Papinianum non loqui de fidejussore, qui in certam summam pro mercede locationis à colono præstandam intervenit, sed de eo, qui à colono datus est in causam conductionis, vel in conductionem simpliciter: qui perinde tenetur, ac si promisisset locatorem indemnem fore. Neque enim, ut ante dixi, ad hoc ut fidejussor in omnem causam intercessisse videatur, & consequenter in usuras quoque & alias accessiones se obligasse, necesse est in bonæ fidei contractibus nominatim hæc verba aut similia exprimere: *Indemnem me præstabis*; aut *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit*, &c. sed sufficit simpliciter, verbi gratia, in causam conducti aut empti fidem suam adstrinxisse citra mentionem certæ quantitatis, *arg. l. 2. §. pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert. l. 5. C. de pact. int. empt. & vend.* nec mutat, *in causam* dicat, indefinitè, an *in causam omnem* sive *universam*; cùm propositio indefinita secundùm regulas logicorum æquipolleat universali. Non obstat igitur, quod apud Africanum & Ulpianum legimus, si tutor moram fecit, etiam fidejussores ejus nomine usurarum medii temporis teneri, *l. postea 10. ff. rem pup. salv. for. l. 3. ff. de fidejuss. tut.* Nam stipulatio rem pupilli salvam fore in omnem causam tutelæ interponi intelligitur, & id omne continere, quòd in tutelæ judicium venit. *l. cum pup. 9 l. cum rem 11. ff. rem pup. salv. for.* Nonnihil autem negotii facit species *l. pen. ff. ut leg. nom. cav.* ubi cùm legatarii ab uno è duobus hæredibus, cùm ab utroque legatum esset, satis legatorum nomine accepissent, & postea deficiente cohærede portio ejus accrevisset promissori, ait Jurisconsultus in totum fidejussores teneri, sicut & is solidum debere cœpit: & si aucta ex post facto obligatione promissoris principalis augetur & accessoria fidejussorum. Respondeo, quod jure accrescendi accedit & debetur, non venit ex mora, neque ex causa aliqua postea emergente sed vi principalis obligationis: quia ea est conditio cohæredum, ut qui ex iis hæreditatem adiit, cogatur etiam invitus cum onere recipere portionem deficientis, ne quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat, *l. unic. §. his ita C. de caduc. toll.* qua de causa & fidejussores eo casu obligantur, virtute nimirum principalis obligationis, non propter moram aut aliam novam

causam. Unus adhuc scrupulus evellendus est, quem nobis injicit Ulpianus in *l.* 1. §. *bellissime* 13. *ff. de leg.non.cav.* ait bellissimè quæri, an stipulatio seu satisdatio legatorum nomine incrementum ex fructibus vel usuris sentiat: & respondet rectè placuisse ex mora incrementum habituram, ut id, quod oportebit comprehendat. Sed animadvertendum est, hanc stipulationem esse prætoriam, ac proinde de mente prætoris legem accipere secundùm *l. in conventionalibus* 52. *pr. de verb.oblig.* & hoc significat Ulpianus his verbis *ut id quod oportebit comprehendat*, nempè etiam si verbum futuri temporis *oportebit* expressum non sit, sed præsentis duntaxat *oportet*, licet secus sit in stipulatione conventionali, in qua futurum *oportebit* non subintelligitur, sed exprimi debet, ut omnis causa comprehendatur, *l. si stipulatus* 76. §. 1. *l. si à colono* 89. *ff. de verb. oblig.* D. Bachov. *ad* Treutl. *vol.* 1. *disp.* 23. *thes.* 5. *litt. D. & E.* respondet stipulationem legatorum cautionalem esse & inducere naturam obligationis ex testamento: quæ ratione fructum & usurarum bonæ fidei contractûs naturam imitetur *l. usuræ*, 54. *ff. de usur.* Sed melior est prior responsio, quia posteriori perspicuè obstat, *d. l. si. à colono.* Est autem nostra de tota hac quæstione sententia communi DD. consensu probata in *l. centum Capuæ* 8. *ff. de eo quod cert. loc. & l. fidejussores* 68. §. 1. *ff. de fidejuss.* quanquàm singula non tam planè & dilucidè ab aliis explicantur. Aliter ad pleraque respondet Bronchorstius *cent.* 4. *assert.* 54. rectène, an secus, lectorum judicio permitto. Ego aliorum nævos lubenter prætereo, & extra quam si res, de qua agitur, id flagitet, moris mei non est aliena carpere.

CAPUT XI.

An solæ quæstiones facti sint objectum probationis?

IN probatione consistit potissimum momentum ad obtinendum jus nostrum quippe quasi quis destituatur, audiet illud Pauli in *l. duo sunt Titii* 30. *ff. de test. tut.* non jus, sed probatio deficit. Inanis enim est actio, nisi indubitatæ probationis fide apud judicem competentem liqueat, verum esse quod in judicium deducit. Omnis autem probatio nostra aut tabulis constat, aut testibus, *c. foris ext. de verb. sign.* sed ea aut directa est, cùm scilicet id quod probare volumus, ipsis testimoniis aut instrumentis continetur; aut obliqua, cum id, quod intendimus, ex tabulis aut testimoniis argumentando colligimus: quarum illa ἀντίχνος, hæc ἐντεχνος dici potest. Atque ex hoc vel solo intelligi potest, quid ad quæstionem propositam respondendum sit, nimirum non juris, sed facti quæstiones esse objectum sive materiam, circa quam versatur probatio; siquidem jus probari instrumentis aut testibus non potest, sed sola facta. Imo juris allegatio non indiget probatione, quia jus omne certum est, *l.* 2. *ff. de jur. & fact. ignor.* certa autem & notoria non probari debent, sed allegari sufficit, *C. evidenter ext. de accus.* Mynsing. 6. *obs.* 3. Planè non negamus dubiam interdum esse legum sententiam, eamque conjecturis & argumentis eliciendam, sed hoc ipsis incumbit Judicibus, quippe quorum officium est, ut ubi de facto constat, ipsi etiam non admoniti de jure dispiciant, *pr. Inst. de offic. jud.* Sed & pedanei Judices de facto tantùm, non de jure cognoscebant. Quòd si de jure incidisset dubitatio, prætorem aut Præsides, à quibus dati erant, consulere, non litigantium allegata sequi debebant, *l. eum quem* 79. §. 1. *ff. de judic.* Totum quidem illud in Judicis potestate est, ut statuat utrùm satis sibi probatum sit id de quo quæritur, an non *l.* 3. §. 2. *ff. de testib.* at hoc non ad juris, sed ad facti quæstionem duntaxat pertinet; solæ enim facti quæstiones in potestate sunt Judicis, non juris, *l.* 1. §. 4. *in fin. ad SC. Turpill. l ordine* 15. *in fin. pr. ff. ad municipal.* Imo usque adeò non tenentur litigatores Judici probare, quid juris sit ut contra Judex, si quid à litigatoribus eorumve Advocatis minus fuerit dictum, id supplere & proferre debeat quod sciat legibus & juri publico convenire, *l. un. C. ut quæ des. adv. jud. suppl.* qui textus omnino ad ea pertinet, quæ juris sunt, non ad ea quæ sunt facti, ut & in ipso textu apertè dicitur. Hinc illud quod in Curiis Galliæ celebratum refert Mynsingerus, *Venite ad factum, Curia novit jus.* Non obstat locus Pauli in *l.* 5. *pr. ff. de probat.* ubi ait ab ea parte, quæ dicit adversarium suum aliquo jure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione; id probari oportere. Nam illic non de jure ipso, sed de jure partis agitur: nempe ubi quis negat alicui id licere, quod jure communi omnibus concessum est; veluti si quis dicat aliquem jure prohibitum esse advocatione, probare debet eum prætulisse illicita compendia suæ existimationi: non autem qui talia faciunt, advocatione prohiberi, quod juris est, *l.* 5. *C. de postul.* Similiter, accusor à Titio facinoris alicujus, aio eum prohibitum esse accusare, propter causam aliquam, de quibus in *l.* 8. *ff. de accusat.* Si Titius id neget, meum erit pro-

bare, non jus, quod certum est & notum, sed factum ipsum, puta turpem quæstum, infamiam, &c. adversarii. Omnes possunt mutuum accipere, qui jure non prohibentur. Prohibetur autem filiusfam. Senatusconsulto Macedoniano. Itaque si quis à creditore conventûs dicat se non potuisse mutuum accipere propter Senatusconsultum Macedonianum, is non debet probare Senatusconsulto cautum esse, ne cui, qui filiofam. mutuam pecuniam dedit, actio petitiove detur, sed se esse filiumfam. Ipse autem Judex statuet, quid juris ei tanquam filiofam. ex Senatusconsulto competat. In summa cùm de jure partis controversia est, in quæstionem facti res incidit. Fatemur equidem jus aliquando inter Advocatos esse controversum, dum ille hoc, alter istud ait esse juris certi: sed quòd sit certi & explorati juris, Judex non ex probatione Advocatorum, sed ex tabulis publicis & corpore juris dicere debet, *pr. Inst. de offic. jud. l. un. C. ut quæ des. adv. part.* in quam rem & Aristoteles 1. *Rhet.* 1. ἢ δίκαιον, inquit, ἢ ἄδικον, αὐτὸν δήπου δικαστὴν δεῖ γνώσκειν, καὶ οὐ μανθάνειν παρὰ τῶν ἀμφισβητούντων. Quòd si quæratur de communi DD. opinione, quam plerumque Judices in judicando sequuntur, hic etiam facti quæstionis speciem res induit, haud secus quam consuetudo facti esse dicitur, & probanda est, ubi de ea dubitatur. Rhetores etiam in statu juridiciali probatione utuntur: sed palam est eos verbo probationis intelligere omnem allegationem, qua utimur ad confirmandum id, quod dicitur, sive id in jure consistat, sive in facto. At nos probationem accipimus, quasi ad statum conjecturalem duntaxat pertineat, cùm quæritur de facto, non de jure. Et hoc dicimus, cùm quæritur, quid probari debeat, an omne id, de quo disputatur, sive facti sit quæstio, sive juris, is cui incumbit probatio, Judici probare teneatur, & nisi probet, sententia contra eum sit ferenda, facti tantùm probationem ei incumbere, non etiam juris; probatoque facto ipsum Judicem dispicere debere, ne aliter judicet, quàm legibus aut moribus proditum est, *pr. Inst. de offic. jud.* Quòd si probationem accipiamus, ut Rhetores faciunt, pro quavis confirmatione ejus quod dicitur, etiam ubi de jure disputatur, probatione utimur, id est, allegatione juris. Quis enim ignorat etiam in statu juridiciali multa afferri solere, ut probetur aliquid jure factum esse, aut secus? Cæterùm ad victoriam causæ id necessarium non est, cùm ipse Judex ubi de facto constat, etiam non admonitus de jure dispicere debeat, ut jam aliquoties dictum est. Enim verò hæc ita obtinent & vera sunt, cùm de jure scriptio quæritur. Aliud autem dicendum est, cùm agitur de jure non scripto sive consuetudine. Nam qui consuetudinem allegat, eam probare solet, aut rebus judicatis secundum *l. cùm de consuetudine* 34. *ff. de legib.* aut per turbam sive testes conglobatos, ut hodie fit in Curiis de quo pulchrè Ant. Faber, *Cod. suo forens. de testib. defin.* 3. *&* 14. Nempe cùm consuetudo sensim tacito utentium consensu introducatur, necesse est consensus is ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo est, probari quoque debet. Planè si certa sit consuetudo & notoria, juxta eam judicandum est, quamvis ne allegetur quidem, Gail. 2. *obs.* 31. Mynsing. 6. *obs.* 41. *& seq.* Diod. Tulden. *in C. quæ sit long. consuet.* Wesemb *par. ff. de probat. n.* 7.

CAPUT XII.

An factum negantis, quatenus negat, ulla sit per rerum naturam probatio?

QUòd passim legimus actorem, quòd intendit, probare oportere, eo non probante, reum, etsi nihil ipse præstet, absolvi, *l. quotiens* 18. *l. verius* 21. *l. ante omnia, ff. de probat. l.* 8. *l. actor.* 23. *C. eod. l.* 4. *C. de edend. l.* 9. *C. de oblig. & act.* id quidem verum est, quandò reus id, quod actor asseverat, simpliciter inficiatur, & ita capiendi sunt isti textus. Cæterùm cùm reus ad defensionem suam depulsione aut exceptione utitur, ejus quod dicit, probatio ipsi reo incumbit, actor contrarii probatione non oneratur: veluti si reus dicat se solvisse, sibi accepto latum esse, dolo malo se inductum, pactum esse ne actor peteret, &c. *l.* 1. *C. de probat. l. quotiens* 18. *§.* 1. *& l. seq. pr. ff. eod. l.* 1. *ff. de except.* In summa is probare debet, qui dicit & aliquid affirmat, sive actor sit, sive reus, *l.* 2. *ff. de probat.* Et ratio est, quia factum negantis quatenus negat, per rerum naturam nulla est probatio, *l. actor.* 23. *C eod. tit. l. asseveratio.* 10. *C. de non num. pecun.* Non igitur ordo judiciorum hoc efficit, ut probari negatio facti nequeat, ut quidam malè putant; sed quominus probari possit obstat rerum natura, id est, vis ac potestas rebus à naturæ auctore, id est, à Deo indita, quæ est immutabilis. Finge viginti vel centum testes dicere se non vidisse mihi numerari pecuniam; non tamen hoc probatum est: potest enim nihilominus verum esse me pecuniam ac-

cepisse. Hinc vulgò Doctores aiunt, pluris esse unum testem affirmantem, quàm viginti negantes. Atque idem dicendum est de instrumentis, quæ nihil exhibent nisi puram negationem super eo negotio, de quo lis est. Cæterùm hæc ita se habent in mera & simplici facti non limitati negatione. Quòd si factum, quod negatur, sit loco & tempore circumscriptum, aliud est, & talis negatio probari poterit: veluti si negem Lugduni mihi numeratum esse Calendis Januariis, hæc negatio certo tempore & loco circumscripta est: & implebitur ejus probatio, si probem me eo die Lutetiæ fuisse, *l. optimam* 14. *C. de contr. & commit. stipulat.* §. *item verborum* 11. *Inst. de inut. stipul.* & utroque *Gloss. & DD.* nec dissimilis est species, *l.* 2. *C. de err. adv.* ubi negatio restricta est ad certam scripturam, unde error libellionis probari potest. Et tamen ne hîc quidem, si rem bene expendamus, negationem probo, quatenùs nego, sed quia prius aliquid pono & affirmo, ex quo id, quod nego, per consequentiam necessariam efficitur. Itaque illud adhuc manet, & perpetuò verum est factum negantis; quatenùs solum negat, naturali ratione nullam esse probationem. Quòd si priùs aliquid affirmet & probet, undè id quod negat, per consequentiam rectè colligatur, jam non probat, quatenùs negat, sed quatenùs affirmat. Atque hoc non tantùm uno illo & altero, quem diximus, casu contingit, sed & pluribus aliis. Finge hæredem negare, quod legatarius affirmat, bona defuncti sufficere ad legata integra salva Falcidia exolvenda, in hac quæstione disertè responsum est hæredi probationem incumbere, *l. cum de lege* 17. *de probat.* At quomodò hæres hic probabit, quod negat? Non potest directò, sed potest per consequentiam, ostensa prius quantitate legatorum & patrimonii defuncti. Potest autem hæres ex libris rationum facilè docere, quantum defunctus in bonis habuit. Similiter, si negem aliquem hæredem aut dominum esse; potero id probare, sed ita demum, si ostendam hæreditatem aut rem ad me pertinere. Denique quotiescumque negationis dari potest concludens ratio, tunc ea implicitè, ut loquuntur, continet affirmationem, atque ut planiùs loquar, vi & effectu affirmatio quædam est, non pura & puta facti negatio. Ut ecce, si filius neget se in potestate patris esse, vi ipse affirmat, se esse sui juris, & hoc probare potest, nempe si doceat se à proavo, aut avo paterno esse emancipatum, quæ probatio propterea etiam à filio exigitur, *l. si filius* 8. *ff. de probat.* Huc item referenda negatio quam Interpretes appellant negativam juris & qualitatis; exempli gratia, si negem Titium testamentum facere potuisse, quam negativam juris vocant, id probare debeo, & possum, si ostendam esse filiumfam. Si negem posse esse procuratorem, id probabo, si militem esse ostendero. Si negem testatorem mentis compotem fuisse, quæ Doctoribus qualitatis negatio est, mihi negatio hæc probanda, & implebitur intentio, si doceam furiosum fuisse, *l.* 5. *C. de Codicill.* Item si negem emancipationem ritè factam esse, id probare debeo, *l.* 5. §. 2. *ff. de probationibus.* Si simpliciter negarem factam esse, nulla mihi imponeretur probatio, ac ne posset quidem imponi, quia facti indefiniti negatio probari nequit: Sed cùm nego emancipationem rectè factam esse, hæc est negativa qualitatis, eamque probare possum & debeo, quia pro actu legitimo & coram magistratu celebrato præsumptio est, omnia debito modo peracta esse, *arg. l.* 4. *C. de jur. & fact. ign. l.* 2. *C. si adv. rem jud.* Huc etiam pertinet species, *l. non nudis* 14. *C. de probat.* nam qui negat Titium esse filium suum, id probare potest ostendendo esse alienum. Hæ autem negationes non sunt negationes juris constituti, quod probatione non indigere superiore quæstione ostendimus; sed negationes ejus juris, aut qualitatis, quod vel quam pars adversa sibi competere asserit: ac proindè negationes facti. Nam qui negat alicui aliquid jure licere, ideò hoc non licere dicit, quia jure prohibeatur, *l.* 5. *pr. ff. de probat.* quod est facti, & qui id negat, factum negat, & res in quæstionem facti incidit, ut superiore quoque capite demonstratum est. Deindè nec re ipsa sunt negationes, sed affirmationes. Qui negat emancipationem ritè factam esse, vi ipsa ait emancipationem esse vitiosam & jure prohibitam. Qui negat te idoneum esse Procuratorem, affirmat te jure prohiberi Procuratorem esse. Qui negat testatorem sanæ mentis fuisse, asseverat eum dementem fuisse aut furiosum. Et ideò qui hoc dicit, probare debet, non quia verbis negat, sed quia re infirmat. Et in universum hoc tenendum est, negationem aut affirmationem non ex verbis rei sed ex intentione actoris æstimandam esse: ut si neget reus, quod actor intendit, verè negare dicatur, etiamsi utatur verbis affirmativis, veluti si actor intendat se dominum esse, possessor contra se dominum esse dicat, cujusmodi species proponitur §. 1. *Inst. de action.* his verbis possessor affirmat se dominum esse, re negat actorem esse dominum, quia ejusdem rei duo in solidum domini esse non possunt. Quòd si reus non simpliciter neget intentionem actoris, sed adversus ejus intentionem priùs aliquid afferat ad sui defensionem, quamvis utatur verbis negativis, affirma-

re intelligitur: ut in suprà scriptis omnibus exemplis. Et hoc optimè demonstrari potest exemplo actionis confessoriæ & negatoriæ. Intendit aliquis se habere jus altius tollendi invito vicino, utitur actione negatoria, etsi oratio affirmativa est: quia reipsa negat se servitutem vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi, quominùs ædes altius tollat. Ex contrario negat aliquis jus vicino esse ædes suas altius tollere, hic agit confessoria, ut maximè utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ne vicinus altius ædificet; quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est, *l.* 4. *§. competit autem* 7. *ff. si serv. vind. DD. comm. ad §.* 2. *Inst. de action.* Donell. *in l.* 23. *C. de probat.* Duar. *c.* 11. *prior. comment. ad tit. de probat.* Ex his tam paucis commodius & certius, opinor, tota res percipi poterit, quàm ex fusis & intricatis aliorum de probatione negativæ disputationibus.

CAPUT XIII.

An & quo jure licitum sit leviri aut gloris filiam neptem vel uxorem ducere?

Non solùm propter cognationem seu sanguinis conjunctionem à quarundam nuptiis abstinendum est, sed etiam affinitatis, quæ est cognationis quoddam simulacrum, ea vis est, ut quosvis affines quibusvis matrimonio jungi naturæ honestas non patiatur. Et omni quidem jure prohibentur jungi affines, qui invicem parentum & liberorum loco sunt, ut socer & nurus, vitricus & privigna, & porro cæteri in recta sive perpendiculari affinium linea, *§.* 6. *&* 7. *Inst. de nupt. l. adoptivus* 14. *§. ult. ff. eod. l. nemini* 17. *C. eod. Levit. cap.* 18. *vers.* 8. 15 *&* 17. Atque hanc prohibitionem perpetuam & moralem esse evincit locus Apostoli 1. *ad Corinth.* 5. ubi tale stuprum (τοιαύτην πορνείαν) ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Transversa autem affinitatis linea non videtur apud veteres Romanos prohibitionem ullam habuisse, idque variis exemplis doceri potest. Apud Marcum Tullium *lib.* 1. *de divinat.* & Valerium Maximum *lib.* 1. *cap.* 5. legimus Metellum mortua uxore Cæcilia filiam sororis Cæciliæ in matrimonium duxisse: quod tamen neuter eorum, ut novum aut illicitum refert. Et quamvis D. Beza dubitet, an hoc locum habuerit inter affines transversi limitis in universum, puta si frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut sororis, vel contra filius fratris aut sororis uxorem patrui aut avunculi ducere voluissent: ego tamen crediderim apud Romanos jura affinitatis morte unius à conjugibus pro extinctis habita fuisse; utique si liberi ex eo matrimonio non superessent. Nam apud Plutarchum legimus Marcum illum Crassum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxisse: neque hoc tanquam novum aut præter mortem factum auctor commemorat. Nimirùm ut nuptiis contrahitur affinitas, ita solutis nuptiis eam dissolvi crediderunt, salva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas personas, quæ parentum & liberorum loco fuerant, quemadmodum & adoptione soluta nuptiæ non impediebantur, nisi ob solam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerant. Neque enim dubito, quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris filius amitam adoptivam, soluta per emancipationem adoptione, ducere potuerint, cùm nuptiæ etiam cum sorore adoptiva dissoluta adoptione constitisse certum sit, *§.* 2. *Institut. de nupt.* Cæterùm insignis hic veterum Romanorum error est, & ingens profectò est discrimen inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum est: affinitas verò etiam causam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis solutis adhuc permanet, ut benè Pontifex in *cap.* 1. *caus.* 35. *quæst.* 1. Atque hoc etiam posteriores honestate propius inspecta agnoverunt. Itaque longius itum, prohibitumque matrimonium inter levirum & glorem, sororium & fratriam, id est, ut neque frater uxorem defuncti fratris ducere, nec vicissim soror marito sororis nubere possit, nec maritus cum sorore uxoris, aut uxor cum fratre mariti conjungi, *l.* 5. *l. pen. & l. ult. C. de incest. nupt.* Quod & alii populi honestatis & verecundiæ paulò observantiores secuti sunt, ut Alemani *legib. Aleman. tit.* 40. *§.* 1. Bojoarii *leg. Bojoar, tit.* 8. Franchi *leg. Franch. lib.* 5. *tit.* 4. convenienter scilicet legi divinæ *c.* 18. *Levit. vers.* 16. quo loco cùm fratris cum uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque censeri debet sororis cum marito sororis suæ conjunctio ex ratione, quam affert Moses, quia, inquit, fratris tui pudenda sunt: quod nihil aliud declarat, quàm quia uxor fratris tui est, ut jam affinitate tu illi frater, illa tibi soror facta sit, quos conjungi naturæ honestas non patitur. Et hanc quoque prohibitionem moralem esse arguunt loci novi fœderis *cap.* 14.

Matth,

Matth. *verſ.* 4. *cap.* 6. Marc. 18. *cap.* 3. Luc. 19. Lex verò de fratria uno caſu deducenda ſcilicet cùm frater ſine liberis deceſſiſſet *cap.* 25. *Deuter. verſ.* 5. myſterium continet, nempe ut in nomen primogeniti conſervaretur familia, & primogenita Chriſti nunquam intermoritura ſignificaretur, Auguſtinus *quæſtione* 62. *in Leviticum*. Eſt igitur exceptio legis & diſpenſatio præcepti in *d. cap.* 18. *Levit. verſ.* 16. in linea tranſverſa affinitatis inæquali nullum in libris juris Cæſarei extat interdictum: ſed nec ullus reperitur locus, ubi inter affines hujus lineæ nuptiæ permittuntur. Multi quoque exiſtimant illicitas fuiſſe, propterea quod etiam in tranſverſa inæquali linea perſona ſuperior parentis, inferiores liberorum locum obtinent, *l. nuptiæ* 53. *ff. de rit. nup.* Et quia Modeſtinus generaliter pronuntiat, matrimonio copulari, nefas eſſe, qui affinitatis cauſa parentum & liberorum loco habentur, *l.* 4. *ff. nos itaque* 7. *ff. de grad. & affin.* Pontifices Romani longius progreſſi ſunt, & ſicut in conſanguinitate vetuerunt conjungi non ſolùm conſobrinos, ſed etiam ſobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octo inter ſe civili computatione diſtant, ita etiam in affinitate ad eumdem uſque gradum prohibuerunt conjungi affines *cap. non debet*, & ibi Canoniſt. *de conſang. & affin.* Itaque ſecundùm decreta Pontificum non potero ducere filiam aut neptem ſobrini uxoris meæ (*miins huyſvrouvven achterſuſterlins dochter oft dochiter dccheter.*) ſine diſpenſatione. Sed decreta ut plurimum fabricata ſunt ſedis Romanæ crebris diſpenſationibus ditandæ gratiâ potiùs quàm ad normam honeſtatis & pudoris naturalis directa. Præterea.

Lex divina per Moſen data ferè per omnia convenit cum jure Cæſareo Romanorum. In tranſverſa affinitatis linea inæquali Dominus expreſſè apud Moſen *d. cap.* 18. *verſ.* 14 *&c.* 20. *verſ.* 20. vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patrui; adjecta hac ratione, quia eſt amita tua. Cui omnino conſequens eſt. 1. nec ſororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi poſſe, quia illius matertera. 2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris aut ſorori uxoris ſuæ, quia & illi hujus θεῖοι. 3. nec amitam aut materteram cum marito filiæ fratris aut ſororis, quoniam & illæ hujus Θεῖαι de quibus poſterioribus ſpeciebus etiam nominatim apud nos cautum eſt. *art.* 11. *ord. polit.* Cæterùm an æquè ex conſequenti prohibitæ intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris ſuæ, aut de quo hic quæſtio eſt, cum fratris aut ſororis uxoris ſuæ, ſive leviri vel gloris filia, nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longè recedere ab honeſtate & verecundia, quàm præcedentes illæ. Minus enim aiunt verecundum eſt, patruum meum cum ea, quæ mea aliquando uxor fuit, conſueſcere, & duos conſanguineos cum eadem miſceri, quàm illum, qui amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum ſorore mea, & unum ſucceſſivè cum duabus conſanguineis. Sed cur in his minus valeat ratio legiſlatoris, quia eſt amita aut matertera tua, quia eſt patruus avunculus tuus; συγγενὴς γὰρ σοῦ ἐστὶν, ut vertunt Septuaginta? Non aliam utique rationem interdicti affert Moſes. Ei verò ſi in univerſum ſpectamus cauſam, ob quam nuptiæ etiam in quibuſdam gradibus affinitatis prohibentur, videlicet quia vir & uxor in unum corpus coaleſcentes jam non amplius duo ſunt, ſed una caro; in univerſum etiam dicendum videtur, eoſdem gradus affinitatis prohibitos cenſeri debere, qui prohibiti ſunt in conſanguinitate; propoſitionem illam Moſis *Levit.* 18. *verſ.* 6. *Ad proximam ſanguinis ſui nemo accedat.* etiam ad affines, qui pro conſanguineis ſunt, pertinere, & ad eum uſque gradum vim ſuam exercere, ad quem uſque extenditur prohibitio inter ſanguine junctos, quæ & reformatæ Eccleſiæ Doctorum ſententia eſt, ut videre eſt apud Bez. *tract. de repud. & divort.* Zanch. *lib.* 4. *de operib. Dei cap.* 1. *theſ.* 5. *in fin.* Beuſt. *de matrim. cap.* 51. *poſt princ.* & alios; probata Ordinibus Hollandiæ *d. ordin. polit. art.* 8. & paſſim in ditionibus liberæ Belgicæ recepta. Erratque adeo D. Joannes à Sande *lib.* 2. *deciſ. Friſic. tit.* 1. *defin.* 8. dum aſſerit Zanchium & Bezam putare jure divino permiſſam eſſe conjunctionem cum amitæ vel materteræ marito, vel avunculi aut patrui uxore. Illos enim conſtanter contrarium docere comperturus eſt, quiſquis locos citatos inſpicere non gravabitur. Et quid? Bezane & Zanchius contra expreſſa verba Moſis, *Turpitudinem patrui non revelabis, &c.* pronuntiarent lege divina permiſſum eſſe matrimonium cum uxore patrui? Concludimus ergo lege divina etiam prohibitum eſſe leviri vel gloris filiam aut neptem uxorem ducere, de quo hic ex profeſſo agitur. Atque ita ex facto conſultus non ita pridem cum Clariſſimo Viro D. Nicolao Dedelio, Collega meo piæ memoriæ reſpondi. Objiciebatur nobis, quòd in prohibitoriis omnia conceſſa & permiſſa intelligantur, quæ non expreſſè & ſpecialiter ſunt prohibita, *l. nec non* 28. §. 2. *ff. quib. ex cauſ. major.* Negabam hoc à Juriſconſulto dici, ſed hoc tantùm, ſi leges non prohibeant; ſimpliciter ſcilicet, non autem ſi expreſſè non prohibeant: alioqui fore,

ut omnis extensiva interpretatio fundata in sententia & ratione legislatoris tolleretur; quod absurdum, imo inauditum est, & praxi omnis ævi contrarium. Apud Moysen non prohibemur specialiter ducere aviam neque proneptem, neque amitam aut materteram magnam, neque uxorem avunculi, imo nec ipsam filiam nostram. An igitur dicemus inter omnes hasce personas jus connubii esse? absit. Neque enim in prohibitoriis id solum prohibitum intelligi debet, quod verbis expressim prohibitum est; verùm etiam quod eamdem prohibitionis rationem habet, ex sententia scilicet legislatoris, *l. contra* 29. *& seq. ff. de legib. l.* 3. *§. is autem l.* 7. *§. mutui. ff. de Senat. Maced. l. oratio ff. de sponsal. cum simil. cap. quod una ext. de reg. jur. in* 6. eoque pertinet *l.* 6. *§.* 1. *ff. de verb. sign.* ubi Ulpianus ait verbum *ex legibus*, sic excipiendum esse, tam ex legum sententia, quàm ex verbis. Et illud Celsi, scire leges non hoc est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem, *l. scire* 17. *ff. de legib.* Et quamvis igitur singula apud Moysen non sunt expressa, tamen quibusdam positis, quæ paria sunt pro expressis habenda, cùm hoc flagitet ipsa ratio, ut de similibus similiter statuatur, *l. neque leges* 10. *cum aliquot seqq. ff. de legib. l.* 8. *ff. ad. l. Aquil.* Cic. *pro Cæcin. & alibi.*

Doctores Reformati, atque inter eos Beza *d. tract. de repud. & divort.* Zanchius *lib.* 4. *de operib. Dei, cap.* 1. *thes.* 7. in eo quoque conveniunt, quòd etiam interdicta, quæ affines laterales spectant, moralia sint & perpetui juris. Et nostra quidem opinione verba *d. cap.* 18. *Levit. vers.* 24. adeo clara sunt, ut de eo dubitandi nemo rationem habeat. Neque enim Deus gentes ob singula facta cum singulis interdictis pugnantia tam graviter punivisset, nisi in singulis peccassent contra legem naturæ, id est, legem naturalis pudoris & verecundiæ. Attendatur pœnæ gravitas, & notentur particulæ universales, quibus singulos istos casus designat legislator, cùm idcirco gentes puniendas esse ait, ac proinde nec juris ignorantia hic cuiquam prodesse potuit, nec excusationem mereri, quòd res non esset integra. Etsi enim pleræque harum conjunctionum directè non adversantur primæ illi legi naturæ, sed primis juris naturæ principiis; contraria tamen sunt conclusionibus, quas homo rationis & naturæ ductu ex primis istis principiis elicere potest, & approbare debet: & ita juri naturæ secundario, cujus gratiam facere nemo nisi Deus ipse potest: qui ex fortè in Sanctis olim quædam matrimonia vetita *d. c.* 18. *Levit.* concessit propter sancti generis paucitatem; aut piis ex infirmitate lapsis, & judicii errore aliorum exempla secutis, id benignè condonavit. Denique talia objicienti rectè respondìtur, non exemplis, sed legibus judicandum esse. Grotius 2 *de jur. bell. & pac.* 10. putat legem de conjugiis à Deo datam universo humano generi in reparatione post diluvium. Atque hac in parte multum, imo nimium tribuit interpretationi Rabbinorum. Igitur ut tandem concludamus, dicimus leges omnes in universum de conjugiis à Deo per Mosen populo Israëlitico datas, morales & æternas esse, atque haud secus constringere omnium hominum vitam, quàm ipsa Decalogi præcepta: ac proinde neminem mortalium hîc sibi quicquam vindicare posse, cum Ant. Contio 2. *subsec.* Beza *d. tract. de reput. & divort.* Zanchio *lib.* 4. *de operib. Dei c.* 1. *thes.* 7. Bucano *loc. de conjug. q.* 22. quanquam non omnes, qui contra istas leges faciunt, æque graviter peccant. In qua sententia & Innocentius Tertius fuit, ut apparet ex *c. litter. restit. spoliat.* ut Panorm. *in d. c. n.* 17. multique alii è Pontificiis Doctoribus tam Theologis, quàm Jurisconsultis: adeoque doctissimi Scholasticorum, qui etiam apertè docuerunt, nec ipsum Pontificem Romanum dispensare posse, ut matrimonium coutrahatur inter personas in gradibus prohibitis, *d. c.* 18. *Levit.* quorum prolixum catalogum habes apud Sanchez Jesuitam *de matrim. lib.* 7. *disp.* 52. *num.* 7. Grotius *l.* 1. *introd. ad jurisd. Bat. c.* 5. & Coren. *con.* 21. *num.* 27 *&* 28. memorant, DD. Ordines Hollandiæ semel atque iterum per modum dispensationis petenti alicui permisisse, ut filiam gloris uxorem duceret; & nominatim Ægidio Flori Procuratori Generali 20. Augusti 1609. sed postmodum semper, ut accepi, idem petentibus de consilio Curiæ provincialis denegatum est, non minus piè mea sententia, quàm tutò.

CAPUT XIV.

An quævis filiæ à quibusve parentibus dotandæ? & ex professo, an pater cogatur dotem dare filiæ locupleti?

DOtare filiam, eique conditionem honestè nubendi quærere, patris officium est. *l.* 19. *ff. de rit. nupt. l. ult. C. de dot. promiss.* Nam cùm maritus onera matrimonii sustinere cogatur, & pro hisce oneribus vicissim omnes fructus dotis quam ab uxore accepit, ipsius lucro cedant, etiam hoc onus, dotandi scilicet filiam, ut hujusmo-

di onerum partem agnoſcere debet, *l. pro oneribus* 10. *C. de jur. dot.* ſed hoc ita, ſi pater filiam habeat in poteſtate, *d. l.* 19. *ff. de rit. nupt.* aliàs avo paterno id incumbit, cujus in poteſtate filia eſt. Secus etiam eſt, ſi filia ſit emancipata: utpote quæ bona propria habet, ex quibus dos conſtitui poteſt. Sed nec tam arctum vinculum eſt patri cum filia emancipata & ſui juris effecta, quàm cum ea quæ adhuc in ejus poteſtate & familia eſt: & hæc patri, illa ſibi acquirit. Non adverſatur quod à Papiniano reſponſum eſt; cùm pater idemque curator filiæ emancipatæ dotem pro ea conſtituit, in dubio eum videri magis quaſi patrem de bonis ſuis dotem conſtituiſſe, quàm quaſi curatorem de bonis filiæ, *l.* 5. §. *ult. ff. de jur. dotium.* Ex eo enim minimè ſequitur, patrem jure obligatum eſſe ad dotem filiæ emancipatæ dandam: ſed τὸ ἐναντίον, nempe patrem non teneri ex ſuis bonis dotare filiam emancipatam: & ſi expreſſim de bonis filiæ, non de ſuis dotem conſtituat, nihil eum contra jus facere. Idem non obſcurè arguit *l. ſi res,* 51 *ff. eod. tit.* ubi Ulpianus ait, ſi pater filiæ emancipatæ res, quæ ei poſt emancipationem donavit, cùm dotem poſtea dederit, dotem à filia, non à patre datam videri: ergo non tenetur pater de propriis bonis filiæ ſui juris effectæ dotem dare. Quòd ſi pater filiæ nomine dotem promiſit, eamque ante nuptias emancipavit, non reſolvitur promiſſio, non magis quàm ſi pater ante nuptias mortuus eſſet, *l. ſi pater* 44. *pr. ff. eod.* Sed & ex hoc ipſo à contrario ſenſu rectè colligitur, citra promiſſionem non teneri patrem de ſuo filiam emancipatam dotare. Planè ſi filia emancipata ſit paupercula, & abſque dote conditionem invenire nequeat, tentari poteſt officio magiſtratus patrem cogi poſſe, ut dotem det. Multò minus igitur tenebitur pater dotare filiam naturalem. Non enim quilibet qui pater eſt, in hujuſmodi cauſis jure noſtro pro parte habetur; ſed is demum, quem nuptiæ demonſtrant, aut qui filiam adoptavit, *l.* 5. *ff. de in jus voc. l.* 6. *ff. de his qui ſui vel. al. jur. l.* 1. *& paſſ. ff. de adop.* Non mutat, quod pater alimenta præſtare huic filiæ debet: nam ab alimentis ad dotem non rectè argumentamur affirmando, puta alere tenetur, ergo & dotare: ſed negando duntaxat, non tenetur alere, ergo nec dotare. Buſius in *d. l.* 19. *ff. de rit. nupt.* Etiam ſpuria ſive vulgo quæſita filia alenda à patre eſt, modo de eo conſtet: non tamen dotanda. Alimenta denegare, eſt necare, *l.* 4. *ff. de agnoſc. & alend. lib.* Denique quid verbis opus eſt? textus in hanc rem ſatis eſt clarus in *l. uxorem* 41. §. *pater naturalis* 11. *ff. de legat.* 3. ubi pater pro filia naturali, cui fideicommiſſum debebat, dotem dans, non intelligitur id feciſſe, ut pater, aut dotis debitor, ſed ut debitor fideicommiſſi, & hujus debiti minuendi cauſa. Quin & ſi maximè velit pater, tamen ſi liberos legitimos habeat, non niſi certam quantitatem, & nimirum unam unciam quocumque modo vel inter vivos vel ultima voluntate in talem filiam transferre poteſt, *l.* 8. *C. de natur. lib. junct. Nov.* 89. *cap.* 12. §. 2. Unde tamen benignè dici poteſt, ſi filia naturalis valdè inops ſit, officio jus dicentis, ſive ut nunc loquuntur, officio Judicis nobili, patrem conſtringi poſſe, ut huic filiæ aliquid in dotem det, quod tamen, ſi liberi legitimi ſint, non excedat quantitatem definitam *d. l.* 8. *C. de natur. lib. & de Nov.* 89. *cap.* 12. §. 1. Et hæc communis eſt opinio, *Gloſſ. in l. uxorem* 41. §. *pater naturalis* 11. *ff. de legat.* 3. Bartol. *ibi & in lib.* 1. *ff. ſolut. matrimon. num.* 11. Bald. & Salicet. *in l. ult. C. de dot. promiſſ.* Mantic. *lib.* 12. *de tac. & ambig. conv. tit.* 19. *num.* 4. & 32. Gudel. 1. *de jur. nov. cap.* 14. Perez. *ad d. tit. cod. num.* 6. Alii ſe fundant in æquitate juris Canonici, *arg. c. cum haberet in fin. de eo qui dux. in matrim. ubi Gloſſ.* Gail. 2. *obſ.* 188. *n.* 4. & plerique appellatione ſpuriorum intelligunt omnes, qui non ſunt nati ex juſto matrimonio, confundentes ex concubina natos cum vulgo quæſitis, Palæot. *de noth. & ſpur. fil. c.* 49. *& ſeq.* Boër. *deciſ.* 127. Covar. *part.* 2. *de matrim. c.* 8. §. 6. *n.* 15. Gail. *d. loc.* Nonnulli eadem æquitate moti nec eos in totum excludunt, qui nati ſunt ex damnato coïtu, ab alimentis ad dotem perperam κατασκευάζοντες.

Mater filiam dotare non cogitur, niſi ex magna & probabili cauſa, *l. neque mater.* 14. *C. de jur. dot.* Magna autem cauſa eſſe putatur non tantùm ſi mater ſit dives, pater inops, verùm etiam, ſi mortuo patre ipſa filia inopiâ laboret. Legibus etiam hoc ſpecialiter cautum eſt, ut mater hæretica filiam Chriſtianam dotare cogatur, *l. cognovimus* 19. *C. de hæret. & Manich.* ad quem textum fortè reſpexit Tribonianus in *d. l. neque mater* in verb. *vel ex cauſa ſpecialiter lege expreſſa.* Sed illud ceſſare cœpit, poſtquam ex conſtitutione Frederici in *auth. Gazaros. C. de hæret. & Manich.* & jure Canonico, *c. vergentes* 10. *ext. eod.* omnium hæreticorum bona confiſcari placuit, ita ut *d. cap. vergentes*, etiam liberi Catholici ab iis bonis excludantur: niſi quis dicat, & quidem probabiliter, ex bonis iſtis confiſcatis aliquid pro dote vel alimentis liberorum decidi oportere, ſicut olim ex bonis damnatorum portiones liberis relinquebantur, *l.* 7. *ff. de bon. damnat.* Sed moribus fœderatæ Belgicæ hæc jura abrogata

sunt, nemoque apud nos propter hæresim aut hæterodoxiam bonorum patitur publicationem. Et cùm igitur nec Judæorum bona publicentur, procul dubio dispositioni *d. l. 19. C. de hæret.* locus erit in Judæa matre, ut filiam Christianam dotare cogatur. Sed & totius ferè Belgii aliorumque moribus ob conjugalem bonorum omnium communionem mulier sicut lucri, ita etiam damni particeps fit: & ideo dotandi onus, tanquam æs alienum commune est, & ad utriusque parentis officium spectat, *Vid.* Grœnew. *de ll. abrog. ad d. l. neque mater.* & ibi alleg.

Præcipua verò quæstio hic est de filiafam. locuplete seu bona propria habente, nempe an huic pater dotem dare cogatur. Ego sic distinguendum arbitror: si filia habet quædam bona libera pleno jure ex bonis maternis aut aliunde, quorum usumfructum pater non habet.) ut in *auth. excipitur, cum 2. seqq. C. de bon. quæ lib.*) unde honestè pro conditione personæ suæ dotari potest; hoc casu non putarem patrem cogi posse, ut de suo dotem filiæ constituat. Ratio est, quia nec talem filiam alere pater tenetur, *l. 5. §. sed si 7. ff. de agnosc. & alend. lib.* ab alimentis autem ad dotem licet ἀνασκευάζειν. Et cessat omnino ratio onerandi patrem quando filia ob bona propria conditionem reperire potest, Bart. *in l. mulier. 22. §. cum proponeretur 4. ff. ad Senat. Trebell.* Alciat. *in lib. 1. ff. solut. matrimon.* Tulden. *in Codicill. tit. de dot. promiss. num. 7.* Bachov. *in Treutl. disput. de jur. dot. Thes. 2.* Multa quidem post Salicetum & alios, sed in vanum disputant Gail *2. obs. 95.* Palæot. *de noth. & spur. cap. 49. & seq.* Sichard. *in l. ult. C. de dot. promiss.* Bronch. *3. assert. 14.* ut probent argumentum à negatione debitionis alimentorum non necessario procedere ad negationem debiti dotis, causamque dotis etiam favorabiliorem esse causa alimentorum, quo nihil est παραδοξώτερον. Sed objicitur à nobis, *d. l. ult. C. de dot. promiss.* quæ est una ex quinquaginta decisionibus Justiniani. Videamus ergo quid Justinianus illic constituat. Agit ibi Imperator de patre habente usumfructum in bonis liberorum adventitiis, ut patet ex principio d. constitutionis. Deinde non jubet patrem dotem de suo dare: sed si dotem ultrò promiserit definit ex cujus bonis hoc pater fecisse censeri debeat, utrùm de bonis propriis ex liberalitate, an de bonis filiæ. Et summa *d. l. ult.* est, quam refert Baldus. Pater simpliciter dotem dans pro filio non expresso cujus patrimonio, censetur dedisse de suo ipsius patrimonio. Si verò dixerit se dotem dare de suo & filiæ patrimonio, tunc si pater est inops, censetur dotem dedisse de filiæ patrimonio; sin pater est locuples, censetur eam summam, quam expressit, dedisse de suo ipsius patrimonio, & tantumdem tacitè voluisse accedere ex bonis adventitiis filiæ, in quibus usumfructum habet; quem usumfructum eatenus tacitè remisisse intelligatur. Idemque jus constituit, si pater donationem propter nuptias pro filio promiserit. Quòd si pater expressè dicat se de filiæ bonis dotem dare, is casus non deciditur in *d. l. ult.* sed decidendus est secundùm ea quæ dixi, nempe patrem non cogi de suo dotare filiam locupletem, quæ bona propria pleno jure habeat, seu quorum ususfructus non pertineat ad patrem. Hoc igitur adhuc manet, si pater simpliciter pro filia, quamvis bona propria pleno jure habente, dotem dederit, eam de suis bonis ex liberalitate dedisse intelligitur, *l. 5. §. ult. ff. de jur. dot.* At ex eo, ut superius quoque diximus, rectè colligitur, posse patrem, si velit, etiam de filiæ bonis dotem promittere: & si hoc expressè dixerit, eum non teneri de aliis, quam de filiæ bonis dotem promissam præstare. Fac. *l. si res. 51. ff. eod. tit.* Non obstat, quod etiam filiæ locupleti debetur portio legitima. Hæc enim mortuo demum patre debetur, nec liberis auferri debet patris hæreditas, ad quam ratio naturalis, quasi lex quædam tacita eos vocat. Dos autem datur à patre vivo in eum finem, ut filia conditionem matrimonii inveniat, *l. 2. ff. eod. tit.* Itaque si filia conditionem matrimonii reperire potest ob propria bona cessat causa onerandi patrem, ut bene Diod. Tulden. *ubi supra.* Duar. *ad tit. sol. matr. c. 3. de dotib.* Quòd si filia nulla bona propria habeat, aut nudam tantùm bonorum proprietatem, usufructu apud patrem constituto, hoc casu pater aut ex suo patrimonio dotem dare debet, aut remisso usufructu, quem in bonis filiæ habet, plenum eorum jus ex causa dotis in filiam transferre: sicut etiam pater, qui usumfructum in bonis liberorum adventitiis habet, alimenta illis de suo præstare tenetur, *l. ult. §. ipsum autem 5. pr. & vers. cum enim. Cod. de bon. quæ. lib.* De filia, quæ sine patris consensu nupsit, frustra quæritur, an eam dotare pater debeat quoniam hoc casu jure civili nec dos, nec matrimonium intelligitur: moribus nostris ob eam causam etiam exhæredari potest, utique si minor viginti annis fuerit, Grot. *lib. 2. introduct. ad jurisp. Batav. cap. 18.* alibi etiamsi major, modò minor 25. annis, *Christin. vol. 3. decis. 182. num. 19.* Tulden. *in C. de nupt. num. 2. & de dot. promiss. num. 9.* Quid de jure Canonico hîc statuendum, vide Gail. *2. obs. 95. num. 3. & seqq.* Panorm. *in cap. 1. num. 7. de dispens. impub.* Covar. *p. 2. de matrim. c. 3. §. 8. n. 5.*

Tulden. *d. n. 9.* An verò & quatenus secundùm jura, quæ nunc obtinent, recipi possit constitutio Justiniani in *l. ult. C. de dot. promiss.* quam singularem & satis mirabilem appellat Christin. *vol. 3. decis.* 132. *num.* 24. & tamen usu forensi receptam prædicat, eo quod secundùm eam in Camera Imperiali judicatum testatur Mynsingerus *cent. 5. obs. 32. num.* 2. vide Grœnew. *de legib. abrog. ad d. l. ult.* ubi benè & solidè ostendit non posse eam constitutionem moribus horum temporum sine vitio applicari aut in praxi recipi, licet secundùm jura illius temporis, quo composita & à Justiniano promulgata est, tamen & æquitate non careat: quod etiam non obscurè innuit Tulden. *ubi sup.*

CAPUT XV.

An promissio donationis causa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamsi traditio secuta non sit?

DOnationem inter virum & uxorem jure nostro prohibitam esse constat, *tit. ff. & C. de donat. int. vir. & uxor.* Ratio sumenda à blanditiis conjugalibus, quibus nihil non alter ab altero impetrare, vel causam rixarum & dissidii, quin & divortii querere possit; cui adde quæ referuntur in *l. 1. & l. 2. ff. d. tit.* & doctè explicantur à Connano *lib. 8. comm. cap.* 11. Sunt tamen nonnullæ hîc exceptiones & nonnulli casus, quibus hanc donationem valere placet: veluti si donator non fiat pauperior, imo si donatarius non fiat locupletior, licet ille pauperior, *l. 5. §. concessa 8. & §. cum igitur 26. ff. eod. tit.* si donationes sint reciprocæ, *l. 7. §. 2. ff. eod.* aut remuneratoriæ insignis alicujus operæ aut officii, *arg. l. hoc jure 19. §. 1. l. Aquilius 27. de dona.* si mortis causa donatio fiat, *l. 9. §. ult. cum l. seq. ff. de donat. int. vir.* Etsi autem his causis, & quæ sunt similes, exceptis, cæteræ donationes inter virum & uxorem non confirmari, *l. res uxoris 24. & l. seq. C. de donat. int. vir. & ux.* quod effectum est oratione Severi & Antonini, quæ refertur & explicatur ab Ulpiano in *l. cum hic status 32. ff. eod.* Infirmæ verò manent, quandiu mors donantis nondum secuta est, ac proinde præmorientæ donatario evanescunt, quoniam tunc confirmationi locus esse amplius non potest. Quæsitum autem est, & eleganter quæsitum, si conjux conjugi rem non tradiderit, sed donationis causa tantùm promiserit, substiteritque in finibus conventionis, an & hæc conventio (quæ & ipsa κατά μετωνυμίαν donatio appellatur) morte promittentis confirmetur, ut superstiti donatario contra donantis defuncti hæredem exactio promissi detur? Res non caret scrupulo, Glossa, Bartolus, Baldus & DD. comm. *in l. Papinianus 23. ff. de donat. int. vir. & ux.* Costal. *ibid.* Connan. *lib. 8. comment. cap.* 11. Mant. *lib. 21. de tac. & ambig. conv. tit. 7. num.* 32. Scip. Gentil. *lib. 3. de donat. int. vir. & ux. cap.* 38. Mynsing. *cent. 2. obs. 33. num.* 3. statuunt hoc casu cessare orationem, nempe morte donantis conjugis confirmari donationes, quæ verbis tantùm promissæ sunt, sed eas solas quæ revera extiterunt, & traditione perfectæ sunt; hæredem autem conjugis ex sola promissione conveniri non posse, licet non revocata voluntate conjux decesserit. Atque his ego me adjungam socium. Rationes quæ me impellunt, hæ sunt. Primùm, quòd non videatur plenè & cum effectu donare voluisse, qui tantùm promisit, neque dedit; & quia fidem suæ donationis non præstitit, pœnituisse existimandus est. Imo nec revera & propriè donatio subsistens in terminis conventionis donatio est, sed de dando conventio. Propriè enim nemo donare intelligitur, nisi qui & tradat, *l. 1. ff. de donat.* Donatio est doni datio, *l. senatus 35. §. 1. ff. de mort. cap. donat.* Unde donatio opponitur stipulationi & promissioni, *l. 3. §. 10 l. 23. ff. de don. int. vir.* 2. Quia non est novum, ut conventio, quæ alias per se prorsus nulla est, accedente traditione aliquid roboris accipiat, atque ob eam causam facilius confirmari debeat, *l. 1. §. si vir. 4. & ibi.* Bart. *ff. de acq. poss.* 3. Movet textus in *l. cum hic status 32. §. 1. ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi verba orationis referuntur, quæ hoc exprimunt, durum esse, ut eripiatur donatario ab hærede defuncti donatoris, quod defunctus donavit. Eripi autem nemini potest nisi quod jam habet, quod traditum sibi tenet ac possidet. 4. Quoniam alias nulla in proposito dari posse videtur differentia inter donationem mortis causa, & donationem inter vivos, *arg. l. 32. ff. de mort. ca. don. & l. 11. pr. ff. de don. int. vir.* quarum illa tamen inter conjuges permissa, hæc vetita. 5. Textus expressus & rotundus in *l. Papinianus 23. ff. de donat. int. vir.* ubi Ulpianus sententiam Papiniani probat, existimantis orationem Divi Severi ad rerum donationes duntaxat pertinere, non ad nudas promissiones: ideoque si maritus uxori suæ stipulanti tantùm spopondisset, non etiam tradidisset, marito mortuo hæredem ejus conveniri non posse, licet du-

rante voluntate maritus decesserit. Hic utique in terminis, ut loquuntur, quæstio proposita deciditur, & secundùm quod nobis visum apertissimè pronunciatur. Quis enim ferat, quod ad hunc locum Ant. Faber. *lib.* 2. *conject.* 8. respondet, Ulpianum memorare tantùm sententiam Papiniani, non probare? cum disertè Ulpianus dicat Papinianum rectè putasse, &c. Sed scilicet, si fides Ant. Fabro, vox *rectè* ab imperito interprete addita est, & ideo tollenda. Schifordigerus autem, *lib.* 1 *tract.* 11. *quæst.* 8. de via magistri sui nonnihil deflectens, putat ex duabus sententiis Papiniani, quæ ab Ulpiano proferuntur, priorem duntaxat Ulpiano probari, posteriorem ab eo referri tantùm, non probari; propterea quòd in posteriore non repetit particulam *rectè*, quasi vero ea repetita non intelligetur ἀπὸ κοινοῦ aut posterior assertio Papiniani non dependeat, tanquam necessarium consenquens à priori. Denique si posteriorem non æquè ac priorem probasset Ulpianus haud dubiè id expressisset, nec sine vitio id omittere potuit. Putant nonnulli variasse Ulpianum, & Papiniani sententiam, quam prius probaverat in *d. l. Papinianus*, postea improbasse in *d. l. cum hic status*. At cur hoc magis dicunt, quàm Ulpianum suam ipsius sententiam mutasse postea, & probasse Papiniani in *d. l. Papinianus*? In *d. l. cum hic status*, §. 1. loquitur obscurius: & locus iste aliam interpretationem, quam quæ ab illis affertur, pati potest, at postea demonstrabitur. At in *d. l. Papinianus*, nulla obscuritas, plana & aperta Jurisconsulti sententia. Fateor tamen & contrariam sententiam non levibus niti argumentis, eamque habere assertores egregios, interque eos Corasium, *lib.* 5. *misc. c.* 1. Ant. Fab. *&*. Schifordig. *ubi supra*. Sed age, argumenta hæc excutiamus, & videamus quid iis probabiliter responderi possit.

Primum ducitur ex *l. cum hic status* 32. §. *sive autem* 24. *ff. de don. int. vir.* ex quo loco sic illi colligunt. Quæcumque donatio ex ratione juris veteris ante orationem Severi inter conjuges non valebat, ea oratione confirmata est, *d.* §. *sive autem*. At constat nec valuisse promissionem donandi causa factam, *l.* 2. §. *sciendum.* 10. *ff. eod.* ergo & illa ex eadem oratione valet. Respondeo, in hoc argumento concedi sibi postulant τὸ ἐν ἀρχῇ quod est in quæstione, nempe an omnes quocumque modo factæ donationes per orationem sint confirmatæ. Nam textus in *d. l. cum hic status* 32. §. *sive autem* 23. commodè restringi potest ad donationem veram ac propriè dictam, plenam scilicet & perfectam, quæ sit consummata vel per traditionem actualem, vel per acceptionem, aut quamvis fictionem brevis manus, quæ pro traditione sit, ut in *l.* 3. *ult. ff. eod.* ut hisce modis, & si quid id genus alii, donationem factam oratione confirmari intelligamus. Atque huc pertinet *d.* §. 23. *d. l.* 32. ubi expressè agitur de remissione obligationis facta per acceptilationem, in qua est fictio brevis manus, tanquam res soluta, & mox donationis causa reddita esse. Sed aiunt etiam stipulatione perfici donationem. Quis negat? Imo ex constitutione Justiniani etiam nuda conventione perficitur donatio, cùm scilicet donator voluntatem suam scripto aut sine scripto manifestavit, §. 2. *inst. de donat. l. si quis* 35. *C. eod.* Sed hic primus tantùm gradus perfectionis est, unde donatario in donatione licita acquiritur obligatio & actio duntaxat, non rei promissæ dominium. Verè autem plenè demum perficitur & consummatur donatio promissi & doni præstatione. Sic emptio & venditio perfici dicitur, simul atque de pretio convenit: non antè tamen pro consummata habetur, quàm res tradita sit & pretium numeratum. Atque, ut ante diximus, propriè donatio ipsam rei translationem significat: quam ob causam inter modos acquirendi dominii numeratur, *Inst. de donat. in pr.*

Secundum argumentum sumitur ex *d. l. cum hic status* 52. §. 1. ubi Jurisconsultus ait, oratione inductum esse non tantùm ut res fiat ipso jure ejus cui donata est, sed etiam ut obligatio sit civilis: quod postremum non nisi de stipulatione donandi causa facta putant intelligi posse. Sed quidni verba ista Jurisconsulti de eo casu accipi possunt, quo aut nomen conjugi donatum est, cessat actio, aut evictionem promisit donator, quomodo & Accursius ea accepit? Hoc certè probabilius dicitur, quàm aut Ulpianum sibi non constitisse, aut Papinianum à reliquis dissensisse Jurisconsultis. Addidit Accursius & alium casum, nempe si alter alteri debitum per acceptilationem remiserit: sed hoc quomodo huc applicari queat non video.

Tertiò, non parum juvare videtur contrariam sententiam, quod ab Ulpiano responsum est in *l. si stipulata* 33. *ff. eod.* si mulier annuum stipulata fuerit, & manente matrimonio maritus decesserit, donationem (Haloander & Duarenus legunt *stipulationem*) ex senatusconsulto confimari. Respondet Bartolus, confirmari quidem hoc casu donationem; sed non ultra, quam ante ex stipulatione præstitum est à marito juxta *d. l. Papinianus ff. eod.* Ego autem puto rectè defendi posse, ex promissione annui etiam ejus nomine, quod præstitutum non est, hæredes mariti, qui promisit, teneri, sed non aliter, quàm si maritus re ipsa jam solvit aliquid,

de illo annuo, quia si unius aut alterius anni pretium conventum dedit, ut jam in actum exierit illa promissio, posteà cessavit. Hoc, inquam, casu puto reliquorum annorum debitum ab hæredibus exigi posse, propterea quòd hic promissor ipso facto voluntatem suam satis declaravit, quanquam nec absurdum est in promissione annui seu alimentorum statuere exceptionem. Planè non existimandum donationem annui durare ultra matrimonium, cùm ex conjugali affectione fluxerit.

Quartò, in contrarium urgent *l. 2. C. de dot. caut. non num.* Sed ad hunc locum facilis responsio est, nimirùm cùm vir donandi animo aliquod incrementum in dotem abscribit; ut in specie *d. l. 2.* quasi traditionem factam videri, per fictionem scilicet brevis manus, cujus eadem vis est, quæ veræ, *l. 3. §. pen. & ult. ff. de donat. int. vir. & ux.* neque aliter traditionem talis incrementi fieri solere, cùm enim dos ipsa constante matrimonio penes maritum esse debeat, & consequenter etiam incrementum dotis, *l. 4. ff. de jur dot.* absurdum esse id tradi mulieri, & statim à viro recipi. Quapropter hoc incrementum dotis perindè ac si reverà traditum esse, actione rei uxoriæ ab hæredibus mariti uxor rectè petet. Bartolus in eamdem sententiam tribus verbis respondet, esse in *d. l. 2. C. de dot. caut. non n.* traditionem fictam, quæ idem operetur quod vera. Ultimo objicitur communi sententiæ *Novell. 182. cap. 1.* ubi expressè etiam quævis promissio donationis causâ mulieri facta, licet nulla traditio intervenerit, post mortem mariti confirmatur, & mulieri ejus quod in conventionem deductum est datur condictio. Verùm cùm novum ejus illis apertè introducatur, quod olim ex oratione Severi non obtinuit, ex veteri utique jure communis sententia rectè defenditur. Quid ergo? An novo jure vera est contraria sententia, & secundùm eam pronuntiandum. Sanè quidem secundùm illam Novellam. Sed ego dubito an Novella ista in praxi & foro sub auctoritate legis allegari possit: quoniam in vulgatis editionibus desideratur, & demum à Neotericis ex Græco translata & volumini Authenticorum inserta est. Unde aut à plerisque allegatur, ne quidem à Corasio aut ipso Ant. Fabro. Sed neque videtur esse Justiniani, verum alius & incerti Principis: ideoque nec addita est inscriptio alicujus Imperatoris. Quid hic juris nostris & Galliæ moribus, vide Grœnew. *de ll. abrog. ad l. 1. de donat int. vir. & ux.*

CAPUT XVI.

An cùm testator prohibuit inventarii confectionem, etiam necessitas reddendarum rationum tutori vel curatori remissa intelligatur?

TUtores omnes & curatores, cujuscunque generis sunt, non ante debent se miscere administrationi sibi commissæ, quàm inventarium bonorum omnium & rerum pupillorum aut adultorum nominumque & instrumentorum solemniter sub præsentia publicarum personarum confecerint, *l. tutor 7. pr. ff. de admi. tut. l. tutores 24. C. eod. l. ult. §. 1. C. arbitr. tut.* solo patre legitimo administratore secundùm communem interpretum sententiam excepto. Mont. *de jur. tut. c. 32. reg. 6. de confect. invent. n. 88.* Est autem inventarium hoc fundamentum administrandi bona, & caput reddendarum rationum, *l. 1. §. 3. ff. de tut. & rat. distr.* Inde enim promptum est quod alius vix fieri posset, cognoscere, an & quantum fraude vel negligentia tutorum de bonis sit diminutum. Atque ideo ob non confectum inventarium quasi suspecti removentur, vinculisque publicis continentur, tanquam rerum pupillarium spoliatores & prædones, & infamia notantur *l. 8. §. tutores qui repertorium non fecerunt. 16. ff. de susp. tut.* (in editione Florentina illa verba desunt, & initium §. est, *sui pecuniam*) *l. ult. in fin. C. arbitr. tutel.* Denique contra eos juratur in litem, nec tantùm ob dolum, verùm etiam ob latam culpam. *d. l. 7. pr. ff. de adm. tut. l. 2. C. de in lit. jur.* Covar. *var. resol. lib. 2. c. 14. n. 5. in fin. & n. 4.* Montan. *d. loc. n. 20. & multis seqq.* Postremò, non antequam inventarium publicè confecerint, & secundùm morem solitum res iis traditæ fuerint, ullam habent administrandi, aut attingendi bona pupillorum adultorumve facultatem, *d. l. 1. ult. §. 1. C. arbitr. tut.* Sunt tamen nonnulli casus, quibus aliquid de hoc jure relaxatur; vel si justa causa impediat, quominus tutor statim aut suo tempore (de quo vide Montan. *d. loc. n. 29.*) inventarium facere possit, puta si morbus sonticus eum tardet, *d. tutor, pr. & ibi* Bartol. *n. 17.* aut si causa non admittat dilationem & res pupillo non obsit, sed prosit; *l. ult. C. de tut. qui sat. non ded. d. l. tutor. & ibi* Bart. *num. 27.* Est & alia eaque insignis excepto, nempe si testator expressim prohibuerit inventarium fieri, *d. l. ult. §. 1. C. arb. tut.* Idemque juris esse plerique putant, etsi testa-

tor non expresſè prohibuerit fieri inventarium, ſed tantùm ſimpliciter tutori remiſerit neceſſitatem inventarium faciendi. Bart. *in l. nemo poteſt.* 55. *n.* 12. *ff. de leg.* 1. Guid. Pap. *deciſ.* 352. Clar. §. *teſtamentum q.* 66. *n.* 4. Montan. *de loc. num.* 98. Moller. *lib.* 1. *ſemeſtr. c.* 39. *n.* 12. Gothofr. *ad d. l. ult.* §. 1. quaſi nihil interſit, utro horum verborum teſtator uſus fuerit, remitto, an vero ſive prohibeo: quod tamen vix eſt, ut probare poſſim. Nam qui vetat, jubet ne fiat ullo modo: qui remittit, non vult non fieri, ſed gratiam ejus, quod fieri debebat, facit. Vetando teſtator ſuo & pupillorum ſuorum pudori conſulere velle intelligitur, quæ juſta cauſa eſt; remittendo tantùm gratificatur tutoribus, quæ cauſa non videtur eſſe ſufficiens. Sanè Juſtinianus in *d. l. ult.* §. 1. *C. arb. tut.* non aliter tutores à neceſſitate faciendi inventarii abſolvit, quàm ſi teſtator ſpecialiter inventarium conſcribi vetuerit: quod & Jaſo in *l. nemo poteſt.* 55. *ff. de lege.* 1. *in col.* 10. notat & ſequitur Chaſſan. *ad conſuet. Burgund. in gloſſ. verb. par inventaire. tit. des enfants de pluſieurs lits. num.* 17. Joan. Dilect. *de art. teſt. tit.* 7. *cautel.* 3. *n.* 8. Damhoud. *in patrocin. pup. tit. de tut. C. cur. mun. tom.* 1. *n.* 17. Chriſtin. *ad ſtat. Mechlin. tit.* 19. *art.* 12. *n.* 7. Buſ. *ad l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. n.* 3. & in puncto juris verius eſſe tantùm non fatetur Clar. *d. quæſt.* 99. *num.* 3. Cauſam autem prohibitionis hanc fermè habent teſtatores, ne patrimonii ſecreta & æs alienum pendatur, *l.* 2. *C. de alim. pup. præſt.* & ne, ut alibi aiunt Impp. opulentia ad invidiam, aut paupertas ad contemptum publicetur, *l.* 2. *pr. verſ. ſed ubi quarta C. quand. & quib. quart. pars.* ac creditur pater pro pietate ſua liberis optimè proſpectum voluiſſe, *l. nec in ea* 22. §. *ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Solent autem judices huic prohibitioni teſtatoris plerumque acquieſcere, quanquam non præciſè coguntur eam ſequi: nam ſi pupillo ſecus expedire intelligant, poterunt nihilominus, & debent tutorem adigere ad ſolemnem inventarii confectionem, per textum aureum in *l. utilitatem* 10. *ff. de confirm. tut. l.* 5. §. Julianus 7. *ff. de adm. tut. l.* 7. *verſ. nec tamen ff. de ann. leg. & ſimil.* quemadmodum & vice verſa ipſa judex interdum ex juſtiſſima cauſa neceſſitatem conficiendi inventarii tutori remittere poteſt, etiamſi teſtator non prohibuerit inventarium fieri, puta ſi fortè non conducat facultates pupilli patefieri *arg. l.* 2. §. *ergo etiam* 45. *& ſeq. ff. ad Senat. Tertull. l.* 2. *C. de alim. pup. præſt.* vid. Bart. *ad l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. n.* 19. Chaſſan. *ubi ſupra num.* 16. Montan. *de reg.* 5. *n.* 108. Chriſtin. *d. art.* 12. *n.* 7. 8. 9. Tulden. *in Cod. de admin. tut. n.* 2. Grœnew. *tract. de leg. abrog. ad l. ult. C. arb. tut.*

Illud eleganter quæſitum, an prohibita inventarii confectione hoc ipſo cenſeatur teſtator etiam rationum reddendarum neceſſitatem tutori aut curatori remiſiſſe? Affirmant Damhoud. *in patrocin. pupill. c.* 4. *n.* 15. Molin. *in conſuet. Pariſ.* 1. *p.* §. 6. *gloſſ.* 6. *n.* 12. Moller. 1. *ſemeſtr.* 39. *n.* 6. & plures *ibid. alleg.* Firmamentum hujus ſententiæ eſt, quia abſque inventario rationes reddi nequeunt, quippe quod illarum caput eſt & fundamentum: atque ut Molinæus poſt Gemi. in *c. generali col.* 2. *de elect. in* 6. ait, ſine inventario non poteſt confici & verificari primum & principale caput libri rationum, quod eſt de receptis: & Damhouderus paria eſſe, remittere rationum reddendarum neceſſitatem, & abſolvere tutorem à confectione inventarii: atque ideo hæc valere εἰς ἀμφότερα cui remiſſæ rationes, is nec inventarium facere tenetur: & quem teſtator à confectione inventarii abſolvit, is nec tenetur reddere rationes. Cæterùm verior eſt contraria ſententia, negantium ſcilicet prohibitione inventarii conficiendi neceſſitatem reddendarum rationum tutoribus ſimul remiſſam cenſeri. Longè enim melius eſt & probabilius ut dicamus prohibitionem iſtam pertinere duntaxat ad ſolemnem inventarii confectionem, quæ fit interventu publicarum perſonarum, & ita ut exemplar mox magiſtratui exhibendum ſit, (quod nos dicimus, *ſtaet inde inventaris in handen van de Veemeeſteren leveren.* Grot. *lib.* 1. *introd. ad juriſ. Bat. cap.* 9.) quæ prohibitio ideo fieri à teſtatore ſolet, nec ſecreta patrimonii ejus evulgentur, ut ante dictum eſt, & ne ſcrupuloſa fiat inquiſitio. Non autem eo ut tutores non teneantur facere inventarium privatum ac deſcriptionem, qua res omnes & bona pupillorum adhibitis amicis aut cognatis annotent, ac deinde accepta & expenſa in rationes referant. In his enim omnibus ratio prohibitionis à teſtatore factæ ceſſat. Quod ſive id quidem voluiſſe teſtator dari, re ipſa etiam dolum futurum & fraudem teſtator remiſiſſet: quod nec facere debet, nec poteſt, *l. ita autem* 5. §. *Julianus* 7. *ff. de adm. tut.* Joan. Dilec. *de art. teſt tit.* 7. *cautel.* 2. *n.* 3. Quapropter dicendum eſt, etiam hoc caſu, ubi talis prohibitio facta eſt à teſtatore, privatum tamen repertorium & privatam annotationem à tutore fieri oportere: ne ſi poſtea pupillus tutorem dolo & fraude aliquid geſſiſſe dixerit, non habeat pupillus quo id probet, aut tutor quo ſe defendat. Poterit autem ſe defendere repertorio & annotatione privata: qualis annotatio etiam juramento confirmari poterit, ſi non refutetur manifeſtis probationibus, *arg. l.* 2. *pr. verſ. ſed ubi quarta pars. C. quand. & quib. quart. part.* ita

Buſius

Busius ad *d. l. 7. n. 6. ff. de adm. tut.* Christin. *ad consuet. Mechlin. d tit. 19. art. n. 9.* & ibi citat. & hæc ipsa etiam Molleri sententia est *loc. sup. not. n. 8.* & facit huc *l. si servus 119. ff. de legat. 1. & l. cum tale 72. §. quid ergo 3. ff. de cond. & demonstr.* Quid quod ne illud quidem concedendum est, posse patrem testamento suo cavere, ne tutor, quem liberis suis dat, obnoxius sit reddendis rationibus. Id enim fieret contra jus publicum, & pater de jure non sibi, sed pupillis suis competituro disponeret, quod admittendum non est *d. l. 5. §. Julianus 7. ff. de adm. tut.* D. Præses Everhard. *consil. 211. n. 14.* Quod verò ibidem refert casum, ubi à marito cautum, ne uxor & mater liberis suis rationes reddat aut reliqua restituat, eamque cautionem ait valere, id propriam rationem habet. Nam id cautum fuit pactis antè nuptialibus, quibus fructus omnes uxori usque ad certam ætatem liberorum donati proponebantur, quæ pacta postea constante matrimonio testamento mariti confirmata sunt, ut benè ibi ostendit idem D. Præses. Superioribus non obstat, quod minor curatori suo legare aut per fideicommissum relinquere liberationem & remissionem reddendarum rationum potest, *d. l. 5. §. Julianus 7. in fin. ff. de admin. tut. l. cum necessitatem 18. C. de fideicom.* quia qui ita disponit, de jure suo disponit, non de alieno. Et quidem si filius patri tutori aut matri tutrici quondam suæ talem reddendarum rationum liberationem legaverit, pinguius id legatum est, quàm si quis ita legaverit, personæ extraneæ cujus in curatione est, aut fuit, *l. Aurelius 28. §. Titius testamento 3. ff. de lib. legat. junct. l. Aurelio 20. §. 1. ff. eod.* vide de hujusmodi liberatione à reddendis rationibus legata Covar. *lib. 2. var. resol. c. 14.* Igitur, ut evicimus, quando testator prohibet, ne is, quem liberis hæredibus suis tutorem dat, inventarium conficiat, tantùm à solemnis inventarii confectione eum liberasse intelligitur, non à confectione repertorii privari, aut ne totum ob onere reddendarum rationum, cum ne permissum quidem hoc patri sit. Non eadem causa est hæredis, cui testator interdicit, ne inventarium faciat, aut confectionem inventarii remittit, nam is nihilo magis defungi potest repertorio & descriptione privata: sed non obstante illa sive interdictione sive remissione, inventarium cum omni solemnitate facere tenetur, nisi solidum creditoribus hæreditariis solvere paratus sit. Ratio est, quia nemo quicquam in testamento cavere potest in præjudicium creditorum suorum Bat. *in d. l. nemo potest ff. de legat. 1.* Putarem autem posse testatorem hæredi cum pleno effectu remittere confectionem inventarii in præjudicium legatariorum & fideicommissariorum, qui non de damno vitando laborant, ut creditores, sed de lucro certant: non enim par eademque ratio est debita sibi amittere, & lucra non capere *l. ult. §. 2. in fin. C. de codicill.* Et cum testator potuisse omnino legare, quidni & modum legato ponere possit? *arg. l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur.* sicut & satisdationem legati vel fideicommissi nomine remittere potest; *l. pen. C. ut in poss. leg.* quod est notatu dignum: ita est in Adversariis practicis Hogerbetii, vulgò *Papegaye Bœck.*

CAPUT XVII.

Utrùm imperfecta parentum inter liberos dispositio valeat jure testamenti, an verò tantùm ut voluntas ultima intestati?

DIspositiones testamentariæ bifariam imperfectæ dicuntur, uno modo ratione solemnitatum, puta si pauciores, quàm septem testes intervenerint, aut si testes non signaverint subscripserintve, vel quid aliud quod ad solemnitatem ordinationis pertinet, omissum fuerit, *l. si unus 12. hac consultissima 21. in fin. pr. & §. 8. C. de testam.* altero modo ratione voluntatis, veluti si cùm plura ordinare testator vellet, morte interceptus, aut furore correptus sit, aut obmutuerit, sive vox eum defecerit, *l. si is, qui 25. ff. qui test. fac. l. furiosum 9. C. eod. §. pen. Inst. quib. mod. test. infirm.* Sive autem ob aliquam solemnitatis sive ob voluntatis defectum testamentum imperfectum sit, constat tale testamentum inutile esse, ac ne jure quidem voluntatis intestati defendi. Sed hoc ita obtinet jure communi. Jure autem singulari placuit parentum testamenta, licet imperfecta sint, valere inter liberos, *l. hac consultissima 21. §. 1. & auth. seq. C. de testam.* Cujus juris ratio hæc est, quòd in parentibus cessat omnis fraudis & inductionis suspicio; atque ut illi optimè sciunt, quid liberis eorumque singulis debeatur, ita etiam ex conjectura pietatis præsumi debent, bene prudenterque in singulorum persona disposuisse. Et quidem certi juris est, valere inter liberos testamentum parentis, quod imperfectum est propter omissionem requisitarum alias solemnitatum. Sed quod imperfectum est ratione dispositionis & voluntatis, ex communi Interpretum sententia nec inter liberos valet. Clarus, *§. testamentum quæst. 9.* post Bart. & alios *in d. l. 11. §. 1. C. de testam.* Gail. *lib. 2. obs. 112. n. 14.* quam sententiam & Cujacius pro-

bat in *l. si is qui* 25. *ff. qui test. fac.* eo quod hic vitio aliquo hæredum interrumpitur institutio, & Fac. *arg. in l. Lucius Titius* 46. *pr. ff. de testam. mil.* Quod autem de cœpto testamento & nondum impleto dicitur in *l. ult. pr. C. famil. ercisc.* ad solemnitates referunt: nempè si pater solemne testamentum condere voluerit & cœperit, licet solemnia postea adhibita non sint, nihilominus voluntatem sustineri, Bart. *in d. l. si is qui.* Salic. *in d. l. ult. post Gloss. ibid.* Atque ita ipse Constantinus verba sua in *pr. d. l. ult.* posita postea interpretatur, *etiamsi*, inquiens, *solemnitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta.* Non est tamen sine ratione, quod Costalius in *l. si filia* 20. *§. si pater.* 3. *ff. fam. ercisc.* communem sententiam sic temperat, ut si pater omnia inter liberos divisit, illa divisio rata habenda sit, quamvis fortè de nonnullis aliis rebus loqui volens, aut quædam legare morbo oppressus sit, *arg. d. l. si filia §.* 3. Quod nec Diod. Tuldeno ad *Cod. de testament. n.* 3. displicet: sed hoc in medio relinquimus. Extra controversiam igitur positum est, testamentum parentum inter liberos valere, etsi in eo solemnitates jure communi requisitæ observatæ non fuerint. De eo autem non convenit, utrùm talis parentum dispositio valeat jure testamenti, an verò duntaxat sustineatur, ut ultima voluntas intestati? Prius afferunt Castrens. Alex. Jas. *in d. l. hæc consultissima* 21. §. 1. *C. de testament.* quos sequitur Gilken. *ibid. n.* 9. Bachov. *ad.* Treutl. *disput. de testament. thes.* 6. *lit. H. &* DD. comm. Posterius Ant. Fab. *dec.* 35. *err.* 3. Schifordig. *lib.* 2. *tract.* 11. ferè per tot. Fachin. 4. *cont.* 4. allegans Glossam in *d. l. hac consultissima §.* 1. quæ tamen ibi nihil tale affirmat: sed apertè contrarium tenet in *l. filii.* 16. *C. famil. ercisc.* Haud facilè quid hîc statuendum sit, judicare poterimus, nisi prius constitutiones omnes, quæ circa hanc rem scriptæ, evolverimus. Sunt autem in hanc rem constitutiones complures. Prima est Diocletiani & Maximiani in *l. filii.* 16. *C. fam. ercisc.* ubi jubent Imperatores, etiamsi judicium patris tam circa testamentum, quàm circa codicillos deficiat; si tamen quibuscumque verbis voluntas ejus declarata sit, arbitrum familiæ erciscundæ voluntatem patris sequi, licet ei ab intestato succedatur. Secunda est Constantini in *l. ult. C. eod. tit.* in eadem sententia. Sed Constantinus idem constituit, etiamsi liberi non sint in potestate, sed emancipati; & licet non verbis, sed quibuscumque indiciis aut signis voluntatem suam pater declaraverit. Tertia est Theodosii in *d. l. hac consultissima. §. ex imperfecto* 1. *C. de testam.* qui jus hoc singulare parentum auxit, & ad matrem quoque produxit, atque ad ascendentes utriusque sexûs, ἀνιόντας ἑκατέρας φύσεως, ut hæc etiam à Justiniano memorantur in *præfat. Nov.* 107. Quarta est Justin. in *Nov.* 18. *c.* 7. unde *auth. si modo, C. fam. ercisc.* quæ pertinet ad divisionem factam per scripturam extra testamentum & codicillos, puta per epistolam: cui scripturæ, ut rata ac firma sit, Imperator vult subjici vel ipsius parentis, vel liberorum omnium, inter quos partitio fit, subscriptionem. Quinta & ultima est ejusdem Principis in *Nov.* 107. *c.* 1. *&* 2. unde sumptæ sunt duæ authenticæ, quæ ab Irnerio Codici incertæ sunt in *d. l. hac consultissima, auth. quod sine, auth. hoc inter,* ubi certam formam hujusmodi parentum scriptis dispositionibus Justinianus præscribit, & priores Constantini & Theodosii constitutiones uno atque altero casu corrigit. Primum cavet, ne qualiscumque scripta dispositio inter liberos valeat, sed ea duntaxat, quæ sit ὁλογράμματος scripta plenis litteris, sine signis aut abbreviaturis, & scripta aut subscripta à parente, denique quæ exprimat tempus, nomina liberorum, & uncias, ex quibus hæredes instituuntur. Deinde quod ad extraneos attinet, quos Constantinus & Theodosius planè excluserant, iis legata & fideicommissa relinqui permittit: quod tamen casu noluit sufficere scripturam, nisi testes intervenerint, *d. c.* 1. *vers. si tamen uxori.* Quod ab Irnerio omissum in *d. auth. quod sine.* Jam ut ad quæstionem propositam revertamur, puto eos rectè sentire, qui imperfectam inter liberos parentum dipositionem valere existimant jure testamenti, non autem tantùm, ut voluntatem intestati: utique si ponamus in talis dispositione liberos etiam hæredes institutos esse, quia sine hæredis institutione testamentum intelligi non potest, *arg. d. l. hac consultissima* 21. §. 1. *C. de test. & d. Nov.* 107. *c.* 1. ubi talis parentum dispositio, testamentum, διατυπώσις, διαθήκη, & parentes ita disponentes διατιθέμενοι testatores appellantur, atque in eo testamento hæredes rectè instituuntur. Omnis autem scriptura, quâ hæres rectè instituitur, testamentum est. Nec obstat quòd dicatur testamentum imperfectum; nam & testamentum militis imperfectum dicitur, *l.* 2. *ff. de injusto rupt. test.* ex quo tamen æquè atque ex perfecto & solemni succeditur. Testamentum autem imperfectum factum à parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quàm militum. Sed & rusticanorum testamenta sæpe imperfecta sunt ratione numeri testium & subscriptionis, quæ tamen ex privilegio vim cujusque perfecti testamenti habent, *l. ult. C. de test.* Quæ omnia argumento sunt, non eo minus ex testamento jure speciali legibus solemnitatum soluto succedi, quod imperfectum

dicatur comparatum cum testamento solemni. Hoc idem & ex eo evincitur, quod in tali testamento & liberis prælegata, & ex constitutione Justiniani extraneis non modò fideicommissa, verùm & legata relinqui possunt, *d. aut. quod sine.* quæ tamen non nisi ex testamento valent §. *præterea. Inst. de fideic. hæred.* Fortissimum autem hujus rei argumentum est, quòd hujusmodi testamentum parentis non rumpatur, nisi alio testamento omnibus modis perfecto: imo nisi & posterius perfectum fuerit, & parens simul testatus sit se prius revocare, *de aut. hoc inter.*, de quo vid. Clar. *d. §. quæst.* 98. Graff. *§. testam. q.* 86. Boër. *dec.* 240. Coren. *decis.* 39. *suprem. Cur. Holland.* Denique quod nimis absurdum est, alias sequeretur patrem jure privilegiario non nisi codicillos inter liberos facere posse. Cæterùm multa huic sententiæ obstare videntur. Primùm, quòd ex ratione juris non videatur posse pro testamento haberi illa dispositio, quæ testium adminiculo non indiget; at sola scriptura, quam patris esse constat, etiam sine ullo teste hic sufficit ex communi & vera opinione, Gail. 2. *obs.* 112. Sed hoc leve est: nam testamentum non ex eo dicitur, quòd coram testibus fiat, sed quòd sit mentis & voluntatis nostræ ultima testatio. Explosione profectò dignus esset, qui sic argumentaretur. Non est necesse, ut in testamento militis per scripturam testantis ulli testes adhibeantur: ergo talis dispositio militis non videtur esse testamentum. Secundò objicit Ant. Faber, quod in hujusmodi imperfecto testamento non possunt liberi exhæredari. Sed nusquam hoc scriptum est, & communis opinio est in contrarium, teste Claro *d. §. testamentum, quæst.* 13. Demus tamen esse verum, non posse scilicet liberos in tali testamento exhæredari, quod & Curia Hollandiæ non ita pridem judicasse dicitur, quid tum postea? in exhæredatione apud nos requiritur, ut testes sint Scabini, an ideo dispositiones, quæ vulgo fiunt apud Notarium coram duobus aut tribus testibus non Scabinis, non valebunt, ut testamenta? Tertiò huic sententiæ objicitur, *l. hac consultissima* 21. *§. si quis autem* 3. *C. de testament.* ubi si cùm in priore testamento perfecto scripti sunt extranei, in posteriore autem imperfecto, qui ab intestato venire possunt, dummodò non minus quàm quinque testes intervenerint, placet quidem infirmato priore testamento posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tanquam testamentum, sed tantùm tanquam ultimam voluntatem intestati. Respondemus nullam ex hoc loco ad parentes, quorum jus longè plenius est, quàm agnatorum, illationem fieri posse. Imo ex contrario, cum in casu *d. §. si quis autem*, Theodosius expressè sanciat, ut posterior imperfecta scriptura non quasi testamentum, sed tantùm quasi voluntas ultima intestati valeat, rectè colligas, voluisse eum imperfectam parentum voluntatem, de quâ agit in *d. l.* 21. *§.* 1. valere quasi testamentum, quoniam eam valere & tenere vult absolutè & simpliciter. Postremò objiciuntur constitutiones duæ. Prima est Diocletiani & Maximiani in *l. filii* 16. *C. famil. ercisc.* cujus hæc est sententia: Si pater neque testamentum fecit, neque codicillos, aut fecit quidem, sed in iis judicium suum circa rerum divisionem deficiat: si tamen quibuscumque verbis voluntatem suam declaravit, quod ab bonorum inter liberos divisionem, hanc patris voluntatem, licet ab intestato ei succedatur, judicem familiæ erciscundæ sequi oporteret. Sic enim verba, *si tam circa testamentum, quam codicillos judicium ejus deficiat.* accipienda sunt, non ut cum Glossa & plerisque aliis ea accipit Gothofredus; quasi scriptum esset si solemnitates in testamento aut codicillis requisitas pater non observavit. Nam codicilli nullam solemnitatem desiderant. *l.* 6. *§.* 1. *ff. de jur. codicil. §. ult. Instit. eodem.* & demum longè post tempora Diocletiani aliqua desiderari cœpit à Theodosio, *l. ult. §. ult. C. eod.* nec tam voluntas aut judicium, deficiente aliqua solemnitate, quàm jus deficit. Nempè igitur agunt illic Imperatores de divisione hæreditatis obventuræ inter liberos factâ à parente intestato, vel extra testamentum, quod sæpe & convenienter juris auctoritati fieri solebat: *l. si filia* 20. *§. si pater* 3. *ff. fam. ercisc. l. parentibus* 8. *C. de inoffic. testamen.* ut nihil novi illic ab Imperatoribus inducatur: quòd etiam postrema constitutionis verba ostendunt, dum aiunt hoc ipsum quod constituunt, etiam juris auctoritate significari: optimè Gudelinus *lib.* 2. *de jur. nov. c.* 4. *circa fin.* Nil igitur esse in ea constitutione, quod nostræ & communi sententiæ obstet; non illa verba, *licet ab intestato ei fuerit successum.* quæ Fachinæus & Ant. Faber urgent. Tunc enim patri ab intestato succeditur, cùm testamentum non fecit, licet fecerit codicillos. Altera constitutio, quæ objicitur, est illa Constantini in *l. ult. C. fam. ercisc.* ex qua constitutione etiam eo casu, quo pater inter liberos testatus est, sed dispositione imperfecta, qui casus in principio ponitur, non aliter quàm ab intestato succedi videtur, arg. verb. *licet ab intestato ad successionem liberi vocentur*, & quia hìc etiam paterna illa dipositio non vi propria, sed externa, nempè officio arbitri familiæ erciscundæ sustinetur. Respondent plerique cum Accursio verba illa, *licet ab intestato, &c.* referenda esse ad casum, quo

pater aut codicillos tantùm fecit, aut per epistolam: vel quibuscunque verbis indiciisve voluntatem suam significavit. Et quidem eo commodè referri possent, si ipso jure aut vi paternæ dispositionis voluntas patris effectum sortiretur, sed quia non nisi ope Judicis familiæ ercifcundæ voluntas patris exitum habere potest, quod est argumentum eam voluntatem non valere ipso jure, *l.* 1. *C. de inoffic. donat.* Melius est, ut dicamus jus parentum procedente tempore auctum esse primùm constitutione Theodosii, *d. l. hac consultissima* §. *ex imperfecto C. de testam.* deindè & quidam maximè, constitutione Justiniani *Nov.* 107. *c.* 1. quibus disertè cavetur, ut voluntas parentum liberos suos imperfecto testamento instituentium teneat, ac rata sit simpliciter, ac proinde ipso jure sine ullo adminiculo externo. Ex his, ut opinor, occurri poterit & cæteris, quæ fortè huic sententiæ ab aliis objiciuntur.

CAPUT XVIII.

An verbis nuncupata parentum imperfecta dispositio inter liberos ex privilegio valeat?

NOn ignobilis quæstio est, an ut scripta, ita etiam nuncupata parentum imperfecta voluntas, coram duobus vel tribus testibus, aut paucioribus utique, quàm septem jure singulari valeat & tenere debeat? Negat id Martinus antiquus glossator, cujus sententiam ex veteribus secuti Fulgosius & Salicetus in *auth. quod sine C. de testam.* Cæteri verò Interpretes tam veteres, quàm recentiores in contrarium iverunt, uno fere Antonio Fabro excepto, qui Martini causam à cæteris, quos ille pragmaticos nomine minus honorifico, appellat, desertam rursus suscepit, atque acriter speciosis argumentis defendit *dec.* 35. *err.* 4. *& dec.* 36. *err.* 9. Sed videamus, an tam absona, ut Faber putat, à ratione juris constituti, omnique legum auctoritate destituta sit illa Interpretum communis sententia, affirmantium etiam nuncupativam, licet imperfectam, parentum inter liberos dispositionem subsistere. Unum autem in effectu argumentum est, quo Faber hanc sententiam oppugnat, nempè quòd, ut ille ait, leges omnes & constitutiones, quæ circa parentum dispositiones non solemnes promulgatæ sunt, tantùm loquantur de scriptis parentum voluntatibus, *l. ult. C. fam. ercisc. l. hac consultissima* 23. §. *ex imperfecto C. de testam. Nov.* 107. *c.* 1. unde sumpta *auth. quod sine C. d. tit.* Quod attinet ad illam novellam Justiniani constitutionem, fateor verum esse quod dicit: neque enim forma, quæ illic præscribitur, convenit voluntati ἀγράφῳ, sed cur non de alia quam scripta parentum voluntate ibi agat Justinianus, postea intelligetur. Sed & fortè etiam Theodosius in *d.* §. *ex imperfecto.* per testamentum imperfectum non illud intellexit, quàm quod per scripturam factum est, quoniam non de aliis, quàm de scriptis testamentis in principio constitutionis locutus fuit, quanquam hujusmodi collectiones, præsertim in rescriptis Principum non sunt necessariæ: atque ut id, quod dicitur in *d.* §. *ex imperfecto.* aliorum testamenta imperfecta non tenere, generaliter verum est, sive scripta sint sive nuncupativa, ita etiam generaliter accipi potest & debet; sic ex contrario, quod dicitur imperfecta parentum testamenta valere inter liberos, etiam generaliter, & sine exceptione intelligi potest. Et fortè ideo Theodosius postea, cùm de testamentis nuncupativis tractat, nullam subjicit exceptionem. Sed neque ex *l. ult. C. fam. ercisc.* quæ Constantini est, constans & firmum argumentum pro Martini sententia deduci potest. Etenim ex eo, quod Constantinus meminit epistolæ & cujuscunque scripturæ, minimè sequitur voluntatem parentum sine scriptura verbis apud testes declaratam ratam non esse. Prius enim & testamenti meminit & codicillorum, quæ utique & sine scriptura fieri possunt. Neque illa Constantini verba, *sive quocumque alio modo scripturæ, &c.* respiciunt totum antecedens, sed proximum duntaxat, & illa, *seu epistola parentis, &c.* ut hic sit sensus, sive non testamentum aut codicilli, sed tantùm epistola parentis relicta inveniatur, sive quodlibet aliud scriptum, quo vel verbis, vel quibuscumque indiciis voluntas parentis significetur. Et utique non est verisimile eum, qui vult subsistere voluntatem patris quocumque scripto & quibuscumque indiciis declaratam, nolle servari voluntatem patris verbis coram testibus nuncupatam, licet paucioribus quâm septem; & qui etiam ænigmata & tales conjecturas admittit, ὡς αἰνιγμάτων μᾶλλον, ἢ ἑρμηνειῶν ταῦτα προσδεῖσθαι, ut Justinianus loquitur in *d. præfat.* eum manifesta velle rejicere. Postquam satis sibi probasse visus est Antonius Faber, ex solo testamento imperfecto, quod per scripturam à parente factum est, voluntatem inter liberos custodiri, non autem ex eo, quod factum est per nuncupationem hujus diversi juris etiam rationem afferendam putavit: & nempe hanc

attulit, ut omnis falsi commiscendi ratio præripiatur; multa enim esse in jure nostro, quorum probatio per scripturam permissa, per testes prohibita, quasi semper minus suspecta sit probatio, quæ fit per qualemcumque scripturam, quam quæ per testes, licet omni exceptione majores: quod minimè ei concedendum est, per *l. exercendi* 15. *de fid. instrum.* & constat, quàm fallax sit probatio per comparationem litterarum, *l. comparationis* 20. *C. eod.* quàm facilis alienæ manus imitatio, & maximè, si scriptor usus sit notis quibusdam aut signis qualis tamen parentum scriptura ex lege Constantini inter liberos rata est.

Denique, si vera est illa Antonii Fabri ratio, cur æquè in testamento scripto testes jure communi requiruntur, & non pauciores, quàm in nuncupativo? Verum quidem est, nullorum magis interesse, quàm ipsorum parentum, ne falsum pro eorum judicio subjiciatur: sed malè indè colligit Faber, ex eo esse, quod scripto eorum judicio ἀμαρτόρω plus tribuatur, quàm nuncupato coram testibus. Quin ex eo ipso loco, quem Faber allegat, contrarium apparet, nempe ex *l. Divus* 24. *ff. de testam. milit.* ubi militibus non minus conceditur hæredem nuncupare citra solemnitatem, dummodò testes aliquot adhibeat, quàm scribere nullo teste adhibito, quamvis non aliorum magis, quàm ipsorum, quibus id privilegium datum est, interesse dicatur, ne quilibet militis sermo pro vero ejus judicio capiatur. Unum præcipuè est, quod hîc nobis objici possit, nempe quod nullum adhuc locum protulimus, ubi expressè non minus qualiscunque nuncupata parentum voluntas, quàm scripta, inter liberos custodiri jubetur. Ecce igitur tibi etiam textum in hanc rem expressum in *l. filii* 16. *C. fam. ercisc.* ubi Diocletianus & Maximianus disertè jubent Judicem familiæ ercisciscundæ voluntatem patris quibuscunque verbis, etiam extra testamentum aut codicillos declaratam sequi; ac proinde non modò scriptam, verùm etiam lingua nuncupatam. Insequentes autem Principes jus parentum non imminuerunt, sed auxerunt, excepto eo, quod Justinianus voluit, cum per scripturam parentes testantur, voluntatem eorum scribi δι' ὅλων γραμμάτων, ut ipse loquitur in *d. Nov.* 107. *cap.* 1. οὐ τοῖς συμβόλοις τῶν ἀριθμῶν, quod Constantinus permiserat. Atque hinc illud etiam apparet, esse in objectione Antonii Fabri insufficientem partium seu legum enumerationem. Jam quod attinet ad *d. Nov.* 107. facilè ex præfatione, qua utitur Justinianus, colligitur, eam solùm accipiendam esse de parentibus, qui scripto inter liberos testari volunt. Nam disertè illic profitetur, se in veteribus legibus, quæ sunt de imperfecto parentum testamento, illud reprehendere, quòd scripturas quasvis admiserint, etiam in quibus voluntas testatoris manifesta non est, μὴ ἐναργὴς καὶ ἀσαφὴς quæ tantùm τεκμηρίοις, conjecturis quibusdam & indiciis nitatur, notans præcipuè constitutionem illam Constantini in *d. l. ult. C. fam. ercisc.* & talem scripturam διὰ τὸ ἀσαφὲς, propter incertum voluntatis improbans. Cùm autem in scriptura solùm hæc ἀσάφεια metuatur, ubi res notis scribi possunt, verba truncata esse, res partim à testatore scripta, partim ab alio, ad scripturam etiam solùm constitutionem suam retulit Justinianus. In testamento verò nuncupativo nihil mutavit, cùm nihil tale metuendum sciret, ubi nullæ sunt notæ, unus tantùm loquitur, non duo, ubi non proferuntur verba dimidiata, sed plena voluntas pronuntiatur. Hæc sententia, ut est communis, ita & certo jure ubique in praxi & foro recepta. Vide Clar. §. *testamentum quæst.* 16. Grot. *lib.* 2. *introd. cap.* 17. Sand. *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 7. quod & ipse Antonius Faber ultrò fatetur.

CAPUT XIX.

An testamentum juxtà statuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extrà illum locum, ubi major requiritur ordinationis solemnitas?

Testator ibi testamentum fecit, ubi coram duobus testibus & notario testari licet, ut in hac nostra Batavia. Quæritur an tale testamentum valeat etiam in iis locis, ubi major desideratur solemnitas, & verbi causa testes septem, ut in Frisia, ubi sequuntur jus civile Romanorum. Affirmant *DD. comm. in l.* 1. *C. de summ. Trinit.* Vivus 1. *opin.* 36. & secundùm hanc sententiam sæpissimè judicatum. Guid. Pap. *decis.* 262. Thesaur. 2. *quæst. for.* 8. Mynsing. 1. *obs.* 17. & 20. Gail. 2. *obs.* 123. Joann. à Sande *lib.* 4. *rer. jud. tit.* 1. *defin.* 12. Sunt tamen, qui in contrarium eunt, & in quæstione proposita sic distinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis sententia: at circa res soli spectandum jus ejus loci in quo sitæ sunt: quippe res mobiles, quoniam ubicunque sunt, ibi sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possint, perso-

nam sequi, non leges locorum: immobilia verò, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundùm constitutiones loci, cujusque possessionis, *arg. l. ult. ff. de jurisd. l. ex ea 9. ff. de postul. l. 4. C. de jur. fisc.* ita Mansuer. *in sua prax. tit. de success.* Nicol. Burgund. *ad consuet. Fland. tract. 6.* Christin. *vol. 2. decis. 3. & seqq.* Bus. *ad. l. 6. ff. de evict.* Dior. Tuld. *in breviar. ad C. tit. de testam. n. 5.* Mihi prior sententia probabilior videtur, & errare posteriorem sequentes in eo, quod existimant etiam eas testamentorum leges, quæ ad solemnitatem ordinationis pertinent, afficere rem ipsam de quâ disponitur: in quo apertè falluntur; cùm utique multùm intersit inter formam seu ritum disponendi, & rem ipsam, quæ subjectum est dispositionis, seu id, de quo fit dispositio. Omnino enim in universum plurimum refert, utrùm statutum quid constituat circa actûs alicujus solemnitatem, an circa rem, puta fundum, locumve. Quæ statuta in rem concipiuntur, rem ipsam haud dubiè afficiunt; ut ubicumque sit, ejus loci ubi est, legibus obstringatur. Qualia sunt, quæ de successionibus ab intestato disponunt. *ff.* Schur. *cent. 1. consil. 6. n. 1. & 2.* Gail, *obs. 124. n. 4. & seqq.* Sic apud non licet quantum ad res mobiles servetur jus successionis, quod obtinet in loco domicilii defuncti; in rebus tamen soli custoditur jus ejus loci, ubi sitæ sunt, Grot. *lib. 2. introduct. c. 2. in fin.* Eodemque jure censenda sunt & statuta, quæ circa habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. Ponamus legibus aut moribus alicujus regionis filiisfam. permissum esse de bonis maternis cæterisque adventitiis testamentum condere, ut in plerisque locis Belgii. Leonin. *lib. 6. emend. c. 3. in fin.* Perez. *ad tit. C. qui testam. fac. n. 9.* hoc testamentum non valebit iis in locis ubi filiusfam. jus faciendi testamenti non habet, sicut in Frisia, ubi etiamnum obtinet jus civile, Sande *d. lib. 4. defin. 1. add.* Gail. *d. lib. 2. obs. 124.* Gomez, *ad l. 3.* Tauri *n. 20.* Quibus autem statutis aliquid cavetur, quòd ad actûs solemnitatem duntaxat pertineat, cùm ea neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed formam solummodo actûs, qui fit in loco statuti aut consuetudinis, rationi & juri magis consentaneum est, ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam cùm actuum solemnia ad eorum spectent jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l. 6. ff. de evict. l. 3. in fin. ff. de testib. l. 2. C. quemadm. test. aper. l. 9. l. ult. C. de test.* consequens est, ut actus secundùm jus & consuetudinem loci rectè & legitimè perfectus ubique vigorem suum obtineat, & ejus juris, cui persona testatoris subjecta est, potius ratio habeatur, quàm loci bonorum, quæ illius sunt, accessio. Ac videtur testamentum in hoc sapere naturam contractûs. Utique hoc posito, quod nemo negat, testamentum valere, rationis est, ut ex eo quoque universa bona hæres consequatur, cùm titulus ex testamento fit universalis & individuus. Et alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, cùm ex contrario testamentum unius tantùm unum esse possit; aut quod absurdum est, unum idemque testamentum diverso solemnitatum jure instruendum esset, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundùm diversorum locorum placita aut mores dijudicari oporteret. Peck *de testam. conjug. lib. 4. c. 18. in fin.* Sande *d. defin. 14.* ubi etiam prudenter temperat novam distinctionem Fachinæi circa advenam in aliquo loco testantem secundùm consuetudinem illius loci. Ad ea, quæ objiciuntur, facilis responsio est. Quale est illud quòd cùm statuta sint localia, ubi cessat jurisdictio statuentium, ibi & cessare debeat statuti dispositio, juxta vulgatum illud: Extra territorium jus dicens nihil agit, *l. ult. ff. de jurisd.* Negamus enim eos, qui circa actus testamentarii solemnitatem aliquid statuunt, observandum in territorio suo, etiamsi ille actus ita celebratus alibi quoque valere debeat, dici posse, propterea jus dixisse aut statuisse extra territorium. Contractus & cæteros actus celebratos in loco statuti secundùm formam à statuentibus præscriptam, ubique vim habere constat: nemo tamen est, qui ex eo colligat, tale statutum egredi jurisdictionem statuentium: quia, quòd alibi quoque hujusmodi actus valeant, non nisi ex consequentia quadam fit, non autem directo vi ipsius statuti, quod tantùm disponit de eo, quod ad jurisdictionem statuendum pertinet. Et hoc est quòd Salicetus in *l. 1. C. de summ. Trinit.* ait, statutum concernens solemnia testamenti non disponere de bonis principaliter, sed tantùm sufflare spiritum in testamentum illud validando. Ex eo autem, quod à Papiniano *in l. 9. ff. de postul.* responsum est, eum qui prohibitus est, pro alio postulare ex causa, quæ infamiam non irrogat, in ea tantùm provincia pro aliis postulare non posse, in qua Præses fuit, qui sententiam dixit, in alia verò posse, quid argumenti magis contra, quàm pro communi sententia elici possit, ego non video: sicut nec ex eo, quod constituitur in *l. 4. de jur. fisc.* ut præd τῶν μετοικων in fiscum redigantur, quæ habebant prius quàm demigrarent, nec antè ab eis distracta sunt, nisi specialiter id eis Princeps concesserit ut ea sibi possent

retinere : ut tamen non arceantur à successione parentum, quos in ea civitate, undè migrantur, reliquerunt. Quid enim, quæso, hæc species commune habet cum illa nostra judicio præposita? Planè, si lex expressè jubeat testatores sequi ejus loci jus, in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantiæ emissa anno 1611. cujus meminerunt Christinæus & Tuldenus, *ubi supra*; Perez. *in Cod. de testam. n.* 21.

CAPUT XX.

An liberis suis hæredibus præteritis à patre totum testamentum sit ipso jure nullum etiam hodie post Novel. 115. c. 3.

INterpretes vulgò ex eo, quod *auth. ex causa*, C. *de lib. præter.* generaliter & indistinctè ab Irnerio concepta est hoc modo: *Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones; cætera namque firma permanent*: colligunt id jus quoque pertinere ad præteritionem paternam, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit etiam jure novissimo, tamen hoc jure duntaxat nullum esse quoad institutionem, non quoad cætera capita, puta legata, fideicommissa, &c. atque hactenus etiam in proposito jus verus relatum in *l.* 1. *l. filio præterito* 17. *de injust. rupt. test.* mutatum esse, Bart. *in d. auth. n.* 3. Covar. *in c. Rainutius ext. de testam.* §. 6. *n.* 3. *& seqq.* Clar. §. *testam. quæst.* 5. 2. Graff. *in dict. legatum quæst.* 67. *n.* 2. Gail. 2. *obs.* 113. Fachin. 6. *contr.* 77. Bronch. *cent.* 3. *assert.* 29. usque adeo, ut contendant irrito facto testamento, sic enim loquuntur, ex causa præteritionis paternæ, legata & fideicommissa actione ex testamento peti posse, quasi etiam tale testamentum jure novissimo valeat pro his, quæ in eo relicta sunt, Gail. *d. obs.* 113. *in fin.* Donell. *in d. auth. ex causa.* 12. Duar. *ad. tit. de injust. rupt. irrit. test. c.* 2. Fachin. 4. *contr.* 10. Sed quantùm ego judicare possum, omnino malè & perperam. Nam, ut hoc primum dicam, non benè Irnerius *d. auth. ex causa*, his verbis concepit: *Ex causa exhæredationis aut præteritionis irritum est testamentum, &c.* cum dicere debuerit, testamentum irritum constituitur aut evertitur. Hoc ex eo apparet, quòd Justinianus in tota illa sua constitutione, *Nov.* 115. *c.* 3. *&* 4. unde decerpta est. *d. auth. ex causa*, tantùm agat de testamentis, quæ ipsò jure valent, & ex quibus adiri potest hæreditas; sed quæ postea propter iniquam exhæredationem vel præteritionem judicio de inofficioso rescindi possunt; non de iis, quæ ab initio nulla sunt. Utitur enim Imperator his verbis, eaque ingeminat, ἀκυροῦσθαι irritum constitui, & ἀνατρέπεσθαι subverti, rescindi: quæ de iis tantùm prædicantur, quæ ab initio constiterunt. Quippè irrita fieri, aut rumpi ea demum dici possunt, quæ cùm antea constarent, eversa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Quæ autem nunquam constiterunt, sive quæ ab initio non jure facta sunt, irrita quidem esse rectè dicimus, at non irrita constitui aut fieri: in quam rem à nostris allegatur *l.* 5. *ff. de injust. rupt. test.* §. *hoc autem* 5. *Inst. quib. mod. test. infirm.* Cùm itaque Justinianus non dicat τῆς διαθήκης μηδεμιᾶς οὔσης, testamento non subsistente, sed τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, testamento infirmato, aut irrito reddito *c.* 3. *in fin. d. Nov.* 115. & ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, subverso testamento, *c.* 4. §. εἰ τὰς τοιαύτας, non debuit Irnerius dicere ex causa exhæredationis aut præteritionis irritum esse testamentum, sed irritum constitui, aut rescindi. Sed etsi verba constitutionis deficerent, multa tamen alia, quæ eadem constitutione caventur, verum esse arguunt, quod dicimus, Justinianum de iis solummodò testamentis agere quæ ipso jure consistunt, & ex quibus adiri possit hæreditas. Quomodò enim aut quandò scripti hæredes, quod nominatim iis injungitur, exhæredationis causam à testatore expressam probare possent, si ipsi non essent hæredes? aut quomodò hæredes esse possent sine aditione? aut denique adire ex eo testamento, quod constet ipso jure nullum esse? Utique non ante vel aliter testamentum pro everso aut rescisso haberi vult Justinianus, quam si scripti hæredes quærentibus exhæredatis exclusi sint à probatione causæ ingratitudinis, sive quòd testator ipse nullam allegaverit, sive allegaverit aliquam, quam hæredes probare non potuerunt. Evincit hoc idem & accurata illa causarum ingratitudinis in *d. Nov.* 115. *c.* 3. definitio. De his enim causis apud centum viros, in judicio querelæ inofficiosi solùm inquirebatur: unde iterum liquet, non de aliis testamentis Justinianum agere, quàm quæ inofficiosa argui, & per quærelam everti possunt; & consequenter non de aliis, quàm quæ ipso jure valent: quale non est testamentum patris, in quo liberi præteriti: hoc enim ab initio ipso jure nullum & inutile est, *l.* 7. *ff. de lib. & posth. l.* 1. *ff. de injust. rup.* adeo, ut nec ex post facto aut lapsu temporis unquam convalescat,

pr. Instit. de exhær. lib. l. 7. ff. de injust. rupt. test. Denique quod pro parte tantùm rescinditur, necesse esse ab initio constitisse. Nihil igitur Justinianus circa præteritionem paternam novi juris introduxit: nisi quis dicat, quod quibusdam visum est, Justinianum omnem præteritionem exæquasse exhæredationi, sublato veteri discrimine præteritionis paternæ & maternæ. Sed hoc Justiniano propositum fuisse nequaquam credendum est. Cur enim si hoc discrimen & jus vetus tollere voluit, id non expressit, uti fecit antequam causas ingratitudinis definiret, & ubique alibi facit? Nec enim unquam solet Justinianus quicquam mutare ex jure antiquo sine præfatione & commutatione causæ, quâ impulsus id faciat. Animadvertere illi debuerant Justinianum in *d. Nov.* 115. *c.* 3. non aliter loqui, quàm in *pr. Inst. de inoff. test.* aut quàm Marcellus loquitur in *l. 3. ff. eod. tit.* Sancit enim non licere patri vel matri liberos suos exhæredes facere aut præterire, nisi forsan probantur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subjectis accipienda sunt, ut exhæredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire, quemadmodum in *d. pr. & d. l. 3.* alterum propriè ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liquet hoc ex eo, quod Justinianus in *d. Nov.* 115. *c.* 1. apertè profitetur hoc solum sibi propositum esse, ut injuriam exhæredationis & præteritionis à liberis avertat. Jam verò injuria ea propriè est, quæ vel exhæredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exhæredationis habet, *l. Papinianus 8. in pr. ff. de inoff. test. l. 4. vers. quod si fuisset, circa med. C. de lib. præter.* Nam etsi à patre quoque præteritis injuria inferebatur, non inferebatur tamen cum effectu; quippe cùm ex ea causa testamentum patris prorsus inutile & nullius momenti esset. Exhæredatis autem à patre, aut etiam præteritis à matre cum effectu inferebatur injuria: quæ quanquam vindicabatur judicio de inofficioso, tamen si legitima portio quocunque titulo liberis, quantumvis obsequentissimis relicta fuerat, injuria illa manebat, *§. sed hæc 3. Inst. de inoff. testam.* cui rei occurrere voluit Justinianus, atque ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam legitimam quolibet titulo relictam esse: sed necesse esset, liberos vel hæredes institui, vel exhæredari addito elogio. Cæterùm, quia illata per exhæredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione hæredis, sufficere etiam ei visum fuit institutionem solam rescindi, salvis cæteris testamenti capitibus, cùm olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua causa testamentum ab initio nullum est. Omnino enim explodendus est eorum error, qui putant filium etiam non ritè à patre exhæredatum, modo ei quocunque titulo legitima relicta esse, jure antiquo queri debuisse de inofficioso, nec alio jure ad bona patris venire potuisse. Quid enim certius, quàm præterito filio, qui erat in potestate testamentum ipso jure nullius fuisse momenti? Nec verò cominus pro præterito habebatur, aut nullum erat testamentum, quod quarta debitæ portionis, aut etiam multò amplius præterito legatum fuerat. Nam utrùm filius præteritus esset, nec ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimabatur, omnesque præteriti censebantur, qui neque hæredes instituti erant, neque ut oportet exhæredati, *§. eadem 12. Inst. de hæred. quæ ab intest.* Quod vero Ulpianus in *l. 8. §. si qui. 6. ff. de inoff. test.* ait securè cum testari, qui mortis causa quartam donavit, non sic accipiendum est, posse patrem isto casu filium præterire, sed posse securè exhæredare hoc effectu, ut & testamentum jure consistat, nec per querelam rescindatur. Sed neque pertinet *d. Nov.* 111. *c.* 3 ad ea testamenta in quibus liberi posthumi aut emancipati à patre præteriti sunt, quamvis illa jura subsistant: nam istorum nativitate testamentum rumpitur ipso jure, & in totum infirmatur; his præteritis per contra tabulas bonorum possessionem evertitur, *§. 1. & §. emancipatos 3. Inst. de exhær. lib.* ut proinde nec hic querelæ, de qua una in *d. Nov.* agitur, sit locus quippe, quæ non datur, alio jure ad hæreditatem parentum liberi venire possunt, *§. 2. Inst de inoff. testam.* nec quicquam ex hoc jure expressè mutatum reperitur. Quamobrem cùm, ut satis abundèque demonstravimus, tota sanctio Justiniani in *d. Nov.* 115. *c.* 3. spectet liberos, quibus ab hæreditate patris exclusis nec civili nec prætorio jure ullum remedium competit, sed tantùm una querela inofficiosi testamenti; ex causa autem præteritionis paternæ testamentum vel ipso jure nullum fit, vel rumpatur agnitione sui hæredis, aut data bonorum possessione contra tabulas evertatur: in universum dicendum est, non ad alios liberos eam Justiniani constitutionem pertinere, quàm qui legitimè à patre sunt exhæredati: nec potest ea produci ad præteritionem paternam sine insigni liberorum, quibus consulere voluit Justinianus, læsione. Matris autem præteritio pro exhæredatione semper reputata fuit. Ac proinde liberi à matre præteriti neque civili jure, neque prætorio testamentum turbare possunt, non magis, quàm à patre exhæredati: sed his unicum tantùm adminiculum superest, videlicet querela inofficiosi testamenti, §.

ult.

ult. Inst. de exhær. lib. 8. pr. ff. de bon. poss. cent. tab. Hanc sententiam Azoni & plerisque veterum probatum fuisse testantur Bart. *&* Jas. *in d. auth. ex causa*, quos secuti Cujac. *in l. filio.* 17. *ff. de injust. rupt. test.* Govean. *in l.* 1. *ff. de vulg. & pup.* Ant. Fab. *lib.* 9. *conject.* 14. *& dec.* 20. *err.* 4. Giken. *in d. auth. n.* 1. *& seqq.*

Sunt qui interesse existimant, utrùm præteritio facta sit à patre ignorante sibi liberos superesse, an à sciente: illo casu totum testamentum irritum esse, nisi adjecta sit clausula codicillaris: hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa salva manere, quæ sententia præjudiciis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit. Ant. Fab. *Cod. suo for. de li. & posth. de fin.* 1. Christin. *vol.* 4. *dec.* 9. & probatur Diod. Tuldeno in *comment. Inst. de inoff. test. c.* 1. In hisce autem regionibus passim necessitatem exhæredandorum liberorum, si hæredes non instituantur, non agnoscimus, utpote, quæ suorum tantùm hæredum propria est, quales hæredes nos non habemus: sed præteritio non matris tantùm, verùm etiam patris pro exhæredatione habetur, exemplo militarium testamentorum §. *sed si 6. Inst. de exhær liber.* intelligo ut ipso jure valeat testamentum, non quin tanquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione Judicis redigi. Nam querelam modis omnibus etiam nos retinemus, si iniquè & contra officium pietatis exhæredatio aut præteritio facta proponatur. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 5. Grot. *lib.* 2. *introd. c.* 18. Christin. *vol.* 4. *decis.* 20. *n.* 8. Grœnew. *de legib. abrog. ad tit. Inst. de exhær. lib. in pr.*

CAPUT XXI.

Utrùm si exhæredatio facta sit sine elogio, testamentum ex Nov. 115. *nullum sit, an jure adhuc subsistat, & ad aliud rescindendum querela sit opus?*

ELegans quæstio est, utrùm si exhæredatio facta sit omisso elogio, id est, sine expressione causæ ingratitudinis, testamentum ex constitutione Justiniani *Nov.* 115. *c.* 3. *&* 4. nullum sit ipso jure, an jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus? In hac quæstione numero vincunt, qui ad validitatem testamenti negant sufficere exhæredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam. Quod si verum est, nullus usus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo casu, cùm exhæredationi aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit Joannis, relata à Glossa in *l. ff. de inoff. test.* probata plerisque Interpretibus in *auth. ex causa* C. *de lib. præt.* Clar. §. *test. q.* 40. Gomez. 1. *resol.* 11. Covar. *in c.* Rainutius *p.* 1. *n.* 7. *c.* 16. Vesemb. *par. de inoff. test. num.* 7. & latè defensa à Bach. *ad pr. Inst. eod. tit.* Cæterùm, ut plurimis hæc sententia placeat, non desunt tamen qui eam taxent constitutioni Justiniani minimè consentaneam: & sanè, ut mihi videtur, non immeritò. Nam qui diligenter eam constitutionem evolvet, comperiet ex tenore Imperatorem non agere de iis rebus, quæ ad internam testamenti solemnitatem ritumve exhæredationis pertinent; sed tantùm de causis, ob quas facta exhæredatio, justè vel injustè facta intelligatur. At injustitia exhæredationis non vitiat testamentum ipso jure. Quamobrem nos contra sic statuimus, etiam post *d. Nov.* 115. dummodò liberi quicumque erunt, ritè sint exhæredati secundùm formam juris, scilicet nominatim, purè, simpliciter, quamvis aut nulla sit causa exhæredationis, aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exhæredatis dari, etiam posthumis & infantibus. Vide enim, quæso, quæ superiori sententiæ sint consequentia. Efficitur ex ea, ut testamentum nullum sit, etiamsi præteriti sint, liberi mancipati; etiamsi præteriti sint sine elogio, qui nunquam in potestate fuerunt, ut posthumi exhæredati nativitate rumpatur ipso jure testamentum; ut infantium atque adeo impuberum ferè omnium exhæredatio nullius momenti sit; denique ut tantùm non liberi matribus, parentes liberis sui hæredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: deletur, §. *emancipatos* 3. *item §. sed hæc quidem* 15. *& §. ult. Inst. de exhær. liber.* Deletur fermè in totum *tit. ff. C. & Inst. de inoff. test.* Quis verò credat tot capita juris veteris à Justiniano tacitè abrogata, qui nunquam solet quicquam de jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba *d. Nov.* 115. *cap.* 3. circa fin. & *cap.* 4. §. *si tales* 9. ubi cùm jussisset Imperator, si exhæredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent scripti hæredes, firmum manere testamentum, sive, ut ipse loquitur, ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύι διαμένειν τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχύν, subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ἀκυροῦσθαι & ἀνατρέπεσθαι, quæ de iis tantùm prædicari solent, quæ ab initio constiterunt. Quo verò

ut uno deficiente pars ejus accrescat cæteris, qui hæredes exstiterunt, *l. liber. homo.* §. 3. *l. si ita quis.* 66. *ff. de hæred. instit. l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de caduc. toll.* Quanquam non ex causa proxima aut adæquata. Valet enim hoc jus etiam in hæreditatibus legitimis, *l. si ex pluribus.* 9. *ff. de suis & legit. hæred.* & valet utrobique ex necessitate. Necessitas nascitur ex duobus principiis juris: quorum primum est: Neminem hæreditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse, *l.* 4. *C. de repud. hær.* alterum: Neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habet, partem habere posse, partem repudiare, *l.* 1. *l.* 2. *ff. de acq. hær. d. l. un.* §. *his ita.* 14. *C. de cad. toll.* Et igitur, qui ex aliqua parte hæres extitit, sive ex testamento sive ab intestato, ei etiam invito & ignoranti deficientium portiones accrescunt, *l. hæredi* 31. *l. si duo.* 38. *l. qui ex duobus.* 53. §. 11. *ff. de acq. hæred. l.* 9. *de suis & leg. hær.* & accrescunt semper cum onere, æris videlicet alieni & legatorum, *d. l. un.* §. *his ita. C. de cad. toll.* Si plures sint qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint: sin promiscuè conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit verò singulis non ex æquo, sed pro portionibus hæreditariis: & in distributione si permistim instituti sint disjuncti aut conjuncti placet conjunctos unius personæ potestate fungi, ut non plus universi consequantur, quàm disjunctorum singuli, *d. l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de cad. toll. l. hæredes.* 63. *ff. de hæred. instit.* eademque ratio est & hæredum legitimorum, cùm alii conjunctim seu nomine collectivo, alii separatim vocantur; quod fit cùm quidam in stirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, fratres & fratrum filii. Valet id jus & in legatis inter collegatarios ejusdem rei, verùm ratione & effectu nonnihil dissimili. Etenim in legatis locum non habet ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eamdem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur & legatum scindi, si concurrant; si verò non concurrant, solidum postposito hærede, §. *si eadem.* 8. *inst. de legat. l. un.* §. *ubi autem.* 11. *C. de caduc. toll.* ac proinde & prohiberi inter legatarios ejusdem accretio potest, & si singulis singulæ res legatæ, uno deficiente portio ejus in hæreditate manet, *l. hujusmodi.* 84. §. *pen. ff. de legat.* 1. & cùm deficientis cohæredis portionem cohæres invitus & cum onere semper accipiat, collegatarius portionem collegatarii nec invitus plerumque accipit, & interdùm sine onere, *d. l. un.* §. *his ita.* 10. *& seq. C. de caduc. toll.*

Igitur, ut diximus, si quis solus ex certa parte hæreditatis, aut certa re institutus sit, is nihilominus in integrum assem potestate juris vocatur. Sed quid si testator adscripserit, nolle se ut hæres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expressè prohibuerit? Et quidem, quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, ita nemo quoque in suo testamento potest cavere, ne leges in eo locum habeant, *l. nemo potest.* 55. *ff. de legat.* 1. ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulas juris civilis dispariliter ei succedatur, & ex testamento & ab intestato. Alterutrum ergo dicamus necesse est, vel cum Bartolo totum testamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen hæredes ab intestato teneri quasi ex fideicommisso partem testamento expressam restituere hæredi scripto: vid. Gomez. 1. *resol.* 10. *n.* 10. *& seq.* vel rarò manente testamento, prohibitionem insuper habendam, residuasque partes, quantumvis vetante testatore, accrescere hæredi instituto: quæ sententia, ut ex iis quæ jam dicta sunt, patet, juri magis est consentanea, & numero etiam suffragiorum vincit, testib. Vig. *ad d.* §. 5. Clar. §. *testamentum. q.* 74. Christin. *vol.* 4. *decis.* 11. Levia autem valdè sunt, quæ huic sententiæ objiciuntur, & præsertim à D. Bronchorstio, *lib.* 2. *misc. contr. assert.* 14. quale primum illud est quod Ulpianus in *l. quoties.* 9. §. *si duo.* 13. *ff. de hæred. instit.* scribit institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hæreditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissimè refragetur: unde sic ex contrario rectè colligi putat, si paterfam. expressè voluit eos contentos esse iis rebus aut partibus ex quibus instituti sunt, atque nominatim prohibuerit ne reliqua bona iis accrescant, eo casu pro parte testatum decedere, neque ad hunc casum superiorem regulam pertinere. Vitiosa enim hæc collectio & prava hujus loci interpretatio est: quippe Jurisconsultus his verbis: *Si modo voluntas patrisfam. manifestissimè non refragatur*; non hoc significat si testator prohibuerit reliquam partem accrescere institutis, eam relinquendam esse hæredibus legitimis, atque ita contra quam juris ratio patitur, eumdem & testato & intestato posse decedere: sed longè alia istius clausulæ sententia est; nempe quòd scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus hæredes forent, perinde ac si nec res nec partes essent nominatæ, in ma-

nifestâ testatoris voluntate hæredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit, veluti in specie ab Ulpiano propositâ unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo. Atque inducetur hæc inæqualitas, non tam ipso jure, quàm officio arbitri familiæ ercifcundæ, *l. ex facto. 35. ff. de hæred. instit.* Putat præterea D. Bronchorstius satis probari posse testatorem, cùm hoc apertè voluit, pro parte testato decedere, & sic cavere, ne residuum hæredi instituto accrescat, per *l. peto. 69. pr. vers. idem dicemus, ff. de leg. 2.* Proponitur ibi hæres ex asse scriptus his verbis à testatore rogatus: *Peto pro hæreditate quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sit centum aureis*; & ait Papinianus tale fideicommissum valere. Ergo, inquit Bronchorstius, legitimi hæredes hîc in residuo ab intestato succedunt. Hoc, inquam ego, levius primo est, & apertè falsum. Nam cùm hæres institutus retentâ vel deductâ certâ re aut summâ rogatus est hæreditatem restituere, aut quod vi ipsâ idem est, certa summa contentus esse ejus, qui testamento non facto legitimus hæres futurus esset, gratiâ, ut in specie propositâ, non duo diversi generis hæredes hîc defuncto succedunt, unus ex testamento, alter ab intestato; sed uterque ex testamento, alter directo, alter obliquè, seu ex fideicommisso. Atque hoc casu hæres fiduciarius restitutâ hæreditate, instar legatarii est, & vi ipsâ legatarius: fideicommissarius solus hæredis locum obtinet, actionesque hæreditarias, solus & exercet, & excipit, *§. si quis una 9. inst. de fideic. hæred. l. si legatus 30. §. 3. ff. ad senat. Trebell. l. pen. C. de hær. instit.* Ad hæc, ut probet testatorem posse pro parte tantùm bonorum testatum decedere, & consequenter prohibere ne reliquum hæredi testamentario accrescat, adducit D. Bronchorstius responsum Scævolæ, in *l. si quis ita. 85. ff. de hæred. instit.* Si quis, inquit ibi Scævola, ita hæres instituatur, *si legimus hæres vindicare nolit hæreditatem meam*, puto deficere conditionem testamenti illo vindicante. An igitur deficienti testamenti conditione, & hærede legitimo hæreditatem vindicante, nihilominus institutus pro parte ex testamento hæres erit? quis unquam talia audivit? somnum obrepisse clarissimo viro, cùm hæc scriberet, diceres, adeò plena est tota illa assertio, παρερμηνειῶν. Postremò & in eo insignis error est, quòd sententiam suam existimat stabiliri per *l. Dominus. 57. §. 1. ff. de usufr.* ubi talis species à Papiniano proponitur: Testator liberis suis fructum prædiorum ob alimenta per fideicommissum reliquit; deinde hæres scriptus, distributione pro rata factâ, ex fructibus prædiorum libertis alimenta aliquandiu præstitit, mox unus ex libertis alimentariis seu fructuariis, ob alimenta vitâ decessit: quæritur utrùm partis ejus emolumentum accrescat cæteris collegatariis, sive confideicommissariis, an verò ad hæredem revertatur? Et ait Papinianus, partium emolumentum ex persona vitâ decedentium ad hæredem proprietatis dominum recurrere. Cujus responsi ratio non est obscura. Nam cùm fructum singulis ad alimenta duntaxat præstari testator voluerit, inde apparet, non plus quemquam eorum habere voluisse, quàm quo vitam suam toleraret: eamque ob causam portio unius deficiens cæteris non debet accrescere, quibus affatim suppetit, quo se exhibeant. Ubi autem hîc duo hæredes diverso jure succedentes, alter est ex testamento, alter ab intestato? Nec verò hîc disputamus de legatariis aut fideicommissariis ejusdem rei, inter quos ut accrescendi jus, non nisi ex voluntate defuncti, locum habet, ita & prohiberi à testatore potest, sine offensa superioris regulæ, cùm pars deficientis apud hæredem maneat. Atque hæc etiam ratio est, cur idem illud jus cesset in legatis alimentorum; nempe quia testator intelligitur noluisse hîc quicquam accrescere. Sicut enim in agris limitatis locus non est juri alluvionis, propterea quòd in his certis limitibus & finibus jus possessoris circumscriptum est, *l. in agris. 16. ff. de acq. rer. dom.* ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum cessat jus accrescendi, quod cum alluvione comparatur, *l. si Titio. 33. in fin. ff. de usufr. d. l. dominus. 57. §. 1. ff. eod. l. alimenta. 16. §. 2. ff. de alim. legat.*

Etsi autem communis hæc sententia rationi juris magis convenit, quàm prior illa Bartoli aut Bronchorstii, est tamen & media quædam quam proponit & tuetur Salicetus, *in l. pen. C. de hæred. instit.* & à qua non abhorret doctissimus Bachovius: nimirùm prohibitionem suprà dictam non efficere quidem, quominùs hæres scriptus vi & potestate juris ex asse hæres fiat: cæterùm hanc ejus vim esse, ut hæres ille ex certa parte aut re scriptus residuum, vel partes reliquas, quas accrescere testator noluit, tanquam ex fideicommisso teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hæreditatem ejus venturi fuissent, ducto argumento à simili, quale proponitur in *l. si quis 29. ff. ad senat. Trebell.* & *§. 3. Inst. quib. mod. test. infirm.* item in *l. ex facto. 17. pr. ff. ad senat. Trebell.* & fac. *l. peto. 69. in fin. pr. ff. de leg. 2.* Atque hæc sententia mihi quoque non displicet: imò, magis placet quàm superior illa communis, quoniam favet voluntati morientium salvâ ratione juris. Et hùc accomo-

dari potest clausula in *d. l. quoties. 9. §. si duo. 12. ff. de hæred. instit.* de qua supra. Excogitavit & Viglius noster mediam sententiam: sed ille dum servare cupit voluntatem defuncti, manifestè facit adversùs rationem juris, comminiscendo tacitam legitimorum hæredum in partibus, quas testator scriptum hæredem habere noluit, institutionem, qualis institutio jure nostro incognita est. Quod cùm nec ipse Viglius dissimulet, persuasum habeo eum quoque omnino & sine cunctatione, in Saliceti opinionem transiturum fuisse, si quis modò eam proposuisset. In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique liceat, partim testato, partim intestato, decedere contra dispositionem juris Romani, Grot. 2. *introduct. c.* 18. Gudelin 2. *de jur. noviss. c.* 5. Christin. *vol.* 1. *dec.* 51. *&* *dec.* 312. *& vol.* 4. *decis.* 10. An autem per hoc quoque censeri debeat in totum abolitum esse jus accrescendi, hîc non disputo: Vid. Christin. *d. decis.* 58. Gudelin. *de cap.* 5. Grœnew. *de legib. abrog. ad §. hereditas.* 5. *Inst. de hæred. instit.*

CAPUT XXIII.

Quandò conditio substitutionis vulgaris filio suo hæredi à Patre factæ extitisse intelligatur ut substituto fiat locus? & an jus suitatis per hujusmodi substitutionem tollatur?

CONditio hæc vulgaris substitutionis *Si hæres non erit*, qui casus primus dicitur, pro diversa qualitate hæredum & personæ instituti diversimodè accipitur. In extraneo hærede qui sui juris sit, hoc significat, si neque sibi hæreditatem acquisierit, neque alium, mutatâ conditione, hæredem fecerit. In ejusdem qualitatis hærede qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significatur, si neque ipse hæres erit: neque hæreditatem ei cujus in potestate est, acquisierit. *l. si paterfam.* 40. *ff. de hæred. instit.* In quo hærede eadem formula citra controversiam hoc significat, si hæres esse non poterit, quod fit si ante patrem testatorem vitâ decedat; tunc enim nisi liberos reliquerit, qui quasi agnascendo testamentum rumpant, semper locus ex substituto. Cæterùm putamus eadem formula & hoc significari, si se paternâ hæreditate abstineat, si cum effectu ex testamento hæres non extiterit, eo quòd bonis paternis se immiscere noluit. Nam etsi suus hæres ipse jure hæres existat, citra ullum vel suum vel alterius factum, sine aditione, sine cretione, sine gestione pro hærede, §. 3. *Inst. de hæred. quæ ab intest. defer. l. in suis* 14. *ff. de suis & leg. hær.* & ideò non esse sine hærede dicatur, qui suum hæredem, licet se abstinentem, habet, *l. cùm quasi.* 30. *§. sed & si.* 10. *ff. de fideic. libert.* quæ res etiam sua habet effecta circa confirmationem tabularum pupillarium, libertatum dationes, &c. *l.* 12. *ff. de vulg. & pug. subst. l. filius* 41. *& l. seq. l. ult. de acq hæred. l. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poss.* Tamen cùm de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi hæres non erit*, ex mente & voluntate substituentis, quam jus civile hîc sequitur atque approbat, non ανχφανης seu nuda ista existentia ut malè Theophilus existimavit; sed immistio filii cum aditione hæredis extranei comparanda est, & substitutum filius excludet, non cum nudo nomine tenus, sed reipsa & cum effectu hæres factus est. Sic Jurisconsulti in *l. non solum.* 67. *ff. de rit. nupt. l. si post* 78. *ff. de legat.* 1. apertè negat filium, qui abstinuit, patri hæredem extitisse: nec prætor hunc hæredis loco habet, *l. si filius.* 12 *ff. de interrog. in jur.* Et alioqui si nullo modo efficere filius possit, ut non sit hæres, frustra ei substitutus daretur in eum casum, quo hæres non erit, quo procul dubio continetur etiam casus quo non vult hæres esse. Enimverò si filius patri superstes decesserit, non declaratâ voluntate super immixtione aut abstentione, hic excludetur substitutus propter transmissionem hæreditatis ipso jure quæsitæ nec derelictæ, aut repudiatæ, *l. Lucius.* 45. *ff. de vulg. & pupill. l.* 3. *C. de jur. delib. junct. l. un. §.* 5. *& §. cum autem.* 13. *C. de caduc. tollend.* Porrò ex his apparet verum non esse quod plerique tradiderunt, quos sequitur Fachin. 4. *controv.* 71. filium, qui vulgarem substitutum à patre accepit, desinere esse suum hæredem. Illud quidem rectè dicitur & omninò dicendum videtur suum hæredem, qui in casum vulgarem substitutum accepit, ex necessario hærede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissum, necessitatem istam, ut in suum solius favorem introductam remittere, & quam etiam tacitè remisisse intelligatur dato filio vulgari substituto, ut quod aliàs filius non habuisset, nisi jure prætorio, abstinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum à patre, ac proinde ex jure civili, per *l. verba* 22. *ff. de cond. Instit. l.* 4. *pr. l. jam dubitari.* 86. *ff. de hæred. instit.* Sed nullo modo admitti potest, quod Doctores vulgò contendunt per substitutionem vulgarem in totum tolli jus suitatis. Licet enim suitati cohæreat, & in persona sui hæredis annexa

sit necessitas, est tamen diversa qualitas à suitate, atque hac salva, aut tantùm vulnerata illa tolli potest, quod omnino considerandum est. In servis est necessitas suitas non est. Ex eo quòd quis suus est, ipso jure hæres fit, bonaque paterna propter continuationem dominii penes eum remanent: ex eo quòd necessarius ea retinere cogitur, & creditoribus paternis, velit nolit, respondere, *l. necessariis* 57. *ff. de acq. hæred.* quanquam etiam hic suum confert suitas. In suitate magis jus & commodum liberorum, in necessitate solius patris vertitur, cui ob id liberum fuit necissitatem hanc remittere, atque ex necessario hærede facere voluntarium, *l.* 12. *ff. de cond. instit.* Neque unquam pater dicitur suum sibi hæredem facere, sed bene necessarium: & cùm impuberi filio patrem necessarium hæredem facit, suum tamen hæredem non facit: ut rectè Goveanus in *l.* 2. *§. sed si quis* 5. *n.* 35. contra Bartolum. Nihil autem planè pro communi sententia facit, *l. si filius* 16. *ff. de lib. & posthum.* Neque enim in casu illic proposito substitutio vulgaris facta filio efficit, ut filius suus hæres esse desinat, ut malè colligit Bartolus: sed hoc, ut filius interim decedens præterito posthumo non possit videri hæres fuisse ab intestato, quoniam substitutus testamentum sustinet, nec ex eo filius hæres existere potuit, quia jus ejus adhuc pendebat propter incertum eventum posthumi nasciturí, de quo fusè Anton. Fab. *dec.* 32. *err.* 8. Similiter cum prætor liberis necessariis hæredibus potestatem facit abstinendi hæreditate, eosque liberat ab omnibus hæreditariis si velint hæreditatem delinquere, §. 2. *Inst. de hær. qual. & diff. d. l.* 57. *ff. de acq. hæred.* necessitatem tantùm tollit, non suitatem; ex necessariis hæredibus facit voluntarios; non ex suis extraneos: quippè cui propositum non nocere liberis, sed prodesse *l.* 12. *ff. de vulg. & pup. subst.* Itaque quemadmodum post datam à prætore suis & necessariis hæredibus abstinendi potestatem, nihilominus sui hæredes manent, ipsoque jure & ignorantes hæredes fiunt, ac creditoribus paternis obligantur, §. 2. *Inst. de hær. qual.* §. 2. *Inst. de hær. quæ ab int. d. l.* 57. *de acq. hær.* quamvis respectu beneficii prætorii, quod fit ut in eos actio non detur, *l.* 2. *ff. de cond. furt.* idem jus habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent, *l. nam nec.* 89. *ff. de leg.* 1. & consequenter quemadmodum hic manet idem suitatis effectus, videlicet ut si filius decesserit, cùm vel ignoraret patrem mortuum esse, vel sciret quidem, sed nondum declarata voluntate de retinenda aut derelinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, utpote ipso jure sibi jam quæsitam ad hæredes quoslibet transmittat, *l.* 3. *C. de jur. de lib. l.* 7. §. 1. *ff. de acq. hæred. l.* 19. §. 2. *ff. de cast. pec. l.* 8. *C. de suis & leg. lib.* ita quoque dicendum est, filium, cui in eum casum, quo hæres non erit, substitutus à patre datus est, licet necessarius hæres esse desinat, idque ex ratione ipsius juris civilis, non tamen desinere suum hæredem esse, eumque ante immixtionem aut abstentionem decedentem hæreditatem ad quosvis hæredes transmittere excluso substituto. Quòd si per substitutionem vulgarem tolleretur jus suitatis, nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari expressa pupillaris, contra quam utimur, *l.* 4. *ff. de vulg. & pup. subst.* denique & transmissio, quæ solius suitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita: quæ omnia falsa sunt, priora duo manifestè, tertium, *arg. l. un.* §. 5. *&* §. *cum autem* 13. *C. de cad. toll.* ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, cùm desunt personæ, quæ hæreditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosii, quæ unica est sub *tit. C. de his qui ant. ap. tab. hær. transm.* Nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui hæredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti Justinianus illic extendit ad personas lege Theodosii comprehensas. Insignis itaque error est Joan. Deckeri qui *lib.* 1. *diss.* 14. *n.* 43. ut communem opinionem tueatur, nimirùm per substitutionem vulgarem jus suitatis omnimodo tolli, asserit ideo per vulgarem substitutionem suo hæredi factam tolli jus transmissionis, quod ex jure suitatis est: quia suus hæres institutus non aliter ex testamento hæres fit, quàm si se immisceat. Notissimi enim juris est, suos hæredes tam ex testamento, quàm ab intestato statim & ipso jure hæredes existere. §. 2. *Inst. de hær. qual. l.* 1. §. 6. *ff. si quis omiss. cap. test.* & clausis adhuc tabulis, *l.* 3. *C. de jur. delib.* Concludendum igitur substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum & speciem impotentiæ, sed in casum noluntatis, ut loquuntur, & abstinentiæ duntaxat, utique si filius patri supervixerit: nam si is vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictus, qui succedendo rumpant, dubium non est, quin substitutioni locus sit, Zas. *tr. de subst. c.* 1. *in quart. effect.* Gomez. 1. *resol. cap.* 3. *n.* 15. 16. *&* 14. Christin. *vol.* 4. *dec.* 16. *num.* 4 D. Joan. à Sande *lib.* 4. *decis.* Cur. Fris. *tit.* 3. *defin.* 1. ubi plures allegat: & optimè Bachov. *ad.* Treutl. *vol.* 2. *Disp.* 11. *thes.* 7. Illud quoque mihi persuadeo, ut hoc obiter addam, abstinente filio suo hærede, quo casu substitutum admitti supra diximus, substitu-

tum hæredem fieri jure civili, hoc est, directo ex substitutione venire, & hæreditatem adire posse ex vi formulæ, *Si filius mihi hæres non erit, Sempronius hæres esto*; quamvis Ant. Faber, *de cad.* 32. *err.* 7. contendat non ipso jure substitutum hoc casu hæredem fieri, sed à prætore tantùm ad bona admitti. Etenim suus hæres se abstinens, tantùm secundùm quædam hæres adhuc manet, secundùm alia sauciatur & enervatur suitas, ut in proposito: ubi & leges ipsæ se quodammodo accommodant voluntati patris. Nec dubito, quin filio abstinente, veri hæredes sint, qui ab intestato veniunt. Sed hoc ἐν παρόδῳ.

CAPUT XXIV.

An quemadmodum, quod explorati juris est, sub expressa substitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris, ita ex converso sub expressa pupillari etiam contineatur vulgaris?

OLim qui sibi & liberis suis impuberibus in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio prudentum, ut credibile est disjunctiva hac & gemella substitutionis formula, quam Modestinus in *l.* 1. §. 1. *ff. de vulg. & pup. subst.* duplicem appellat, usi fuerunt. *Si filius mihi hæres non erit, sive erit, & intra pubertatem decesserit*, &c. propterea quòd vel ex plurium sententia, substitutio vim suam non exercebat ultra casum expressum, vel quòd ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Imp. Marci & Veri constitutione introductum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligeretur; sive filius hæres non extiterit, sive extiterit & impubes decesserit, *l.* 4. *pr. ff. de vulg. & substit.* Quod jus & ad compendiosam duorum impuberum substitutionem hoc communi verbo, *eosque invicem substituto*, factam, tractum est, *d. l.* 4. §. 1. Et quidem extra controversiam positum est, vulgaris substitutionis casu expresso contineri etiam casum pupillaris, veluti si pater impuberi filio hæredi instituto ita substituat, *Si filius hæres non erit, Titius hæres esto*: hic enim, ut inter omnes convenit, etiam in alterum hunc casum, *Si filius hæres erit, & impubes decesserit*, Titius substitutus intelligitur; nisi voluntas testatoris apertè refragetur, *d. l.* 4. *in fin. ff. & l.* 4. *C. eod.* Quod autem pupillaris quoque substitutio hîc admittitur: id fit ex sola conjectura voluntatis paternæ, quæ hinc ducitur, quod credibile sit patrem, qui aliquem sibi hæredem esse voluit, si filius hæres non esset, voluisse quoque eumdem esse hæredem filio, si filius hæres esset, & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse, quàm impuberi filio, cui etiam utile esse creditur hæredem à patre accipere, *l. Julianus* 42. *ff. de acq. hæred.* In voluntate autem testatoris manifesta hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium non secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat, hîc qui in primum casum substitutus est, minimè intelligi debet & in casum secundum esse substitutus contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expressim in casum secundum substitutum dedit, §. 3. *Instit. de pupil. substit.* aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum casum substitui non potest: quod cùm fit, palam est testatorem in eum duntaxat casum substitutionem fecisse, quo utrique hæredem substitui poterat, *l* 4. §. 2. *l. Lucius* 45. *ff. de vulg. & pup. subst. l.* 2. *& l.* 4. *C. eod.* Excipiendus etiam casus singularis in *l. ult. C. de inst. & subst.* ubi Justinianus non vult substitutionem vulgarem vim habere tacitæ pupillaris adversus matrem cohæredem posthumo datam, si viva ea posthumus natus impubes decesserit. Jus singulare ostendunt verba illa, *in hac specie in hujusmodi casu.* Non obstat *l.* 8. *C. de impub. & al. subst.* quia loquitur de substitutione militis, quæ facta in unum casum non extenditur ad alium. Quippe militum testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus, sed ex nuda, simplici, aut prout verbis expressa est, voluntate æstimantur, *l. in testamento.* 6. *C. de test. mil.* Don. *in d. l.* 8. *n.* 5. *&* 6. Vigl. *ad pr. Inst. de pup. substit.* Bronchorst. 3. *assert.* 4.

Cæterùm, an ex contrario expresso casu substitutionis pupillaris secundo dicendum sit contineri etiam casum vulgaris seu primum non est æquè expeditum. Et communis quidem sententia est expresso secundo primum quoque casum comprehensum intelligi. *Gloss. & DD. in d. l.* 4. *ff. de vulg. & pup.* Mantic. *lib.* 5 *de conject. ult. vol. tit.* 3. *n.* 5. quam sententiam & nos probamus. Sed hic lis nobis movetur à magnis viris Lancell. Polit. *de subst. pup. quæst.* 8. *n.* 39. Vigil. *ad pr. Inst. de pup. substit.* Anton. Fab. *decis.* 32. *err.* 9 *&* 10. qui in contrarium eunt, ac seriò contendunt, nunquam in substitutione pupillari vulgarem tacitè contineri. Nos etsi numero interpretum

terpretum nobiscum sentientium superiores sumus, tamen in communes opiniones non juravimus, & parum hoc esse existimamus, nisi & legum auctoritate vincimus ac ratione. Auctoritate defendimur duplici; primùm verbis ipsis constitutionis Impp. Marci & Veri relatis apud Modestinum in *d. l.* 4. *pr. de vulg. & pupil. subst. tit.* quæ hæc sunt: *ut cùm pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur.* Ecce non aiunt Impp. *cùm pater in primum casum*, quomodo loqui debuerant, si tantùm in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent; sed *cùm in alterum casum*, hoc est, unum è duobus sine ulla distinctione, primus, an secundus tantùm expressus fuerit. Secundò & evidentiùs auctoritate ejusdem Modestini in terminis hanc quæstionem proponentis & decidentis in *d. l.* 4. §. 2. *vers. hoc itaque.* Qui duo habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque hærede instituto puberem impuberi substituit in eum casum quo impubes hæres existere, & intra pubertatem moreretur: ait Jurisconsultus hoc casu fratrem impuberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi Jurisconsultus monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem, si in utrumque casum expressè impuberi substituat, hoc apparet eum facere propterea quòd in specie mutuæ substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cùm uterque alteri separatim substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum duntaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantùm, nempè in pupillarem, videri debeat impuberi substituisse? At hujusmodi quæstioni post Divorum Marci & Veri constitutionem locus non est, cùm non uterque alteri in casus diversos, sed uni duntaxat, cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter, sive solùm in primum, sive solùm in casum secundum. Disertè autem dixi, cùm uterque alteri separatim substituitur, pubes scilicet & impubes: quia si verborum compendio mutuo substituti sint hoc modo, *eosque invicem substituo*, in vulgarem tantummodò casum reciproca substitutio facta intelligitur. Quippè in tali specie incongruens visum est, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris, *d. l.* 4. §. 2. *ff. l.* 2. *C. eodem.* Mantic. *d. tit.* 3. *n.* 6. Govean. *ad d.l.*4.*n.* 13. *in fin.* Duar. *ad tit. de vulg. & pupil. substit. c.* 15. A ratione quoque non magis alienum est hanc inducere voluntatis conjecturam, quàm quod in primum casum substitutus intelligatur quoque substitutus in secundum. Imo fortior est voluntatis conjectura pro illo, quàm pro hoc: quod etiam Christin. *vol* 4. *decis.* 11. *n.* 4. notavit. Nam cùm pater filium hæredem instituit, quem etiam sperat sibi hæredem fore, & bona, quæ relicturus est consecuturum eum, quem filio hæredi facto substituit, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quæsitis sua quoque pertinere voluit, magna causa præsumptionis est patrem voluisse, etiam filio hærede non existente sibi hæredem esse in suis solius bonis: quæ præsumptio tantò major in hoc casu, quàm in superiore, quantò magis apparet testatorem dilexisse eum, quem una cum suis bonis filii quoque bona, si quæ postea ei obvenerint, habere voluit, quàm eum, quem expressè sibi tantùm hæredem fecit.

Ex hoc autem vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum, qui contra sentiunt: nam auctoritate quidem illi nulla nituntur; nisi quod Ant. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poss.* quo tamen loco longè aliam quæstionem Jurisconsultus tractat, & nimirum hanc, an creditoribus paternis in substitutum impuberis, qui patris hæreditate abstinuit, actio detur, sive an substitutus æs alienum patris agnoscere, & creditoribus ejus respondere teneatur, an verò hæreditates, quas nuda existentia potestate juris civilis conjunxit, possit separare. Quòd si indè colligat Faber substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinente, hæreditatem patris adire non posse vi aliqua tacitæ substitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris nec legitimos hæredes, abstinente pupillo, posse patris hæreditatem cernere, ut benè contra Fabrum disputat Bachovius ad Treutl. *vol.* 2. *disput.* 11. *thes.* 8. *lit.* F. Et quidni præsupponendum esse dici possit in quæstione à Javoleno proposita substitutum quoque repudiasse manifestè damnosam hæreditatem, utcumque virtute tacitæ substitutionis vulgaris sibi declaratam? Ac mihi quidem, quod ad istam quæstionem attinet idem videtur sensisse Javolenus, quod successor ejus Julianus, cujus sententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur à Marcello & Ulpiano in *l. Julianus* 42. *pr. ff. de acq. hæred.* Levicula autem sunt, quæ de ordine sententiæ communi objiciuntur, quòd nempè hic sit naturalis ordo, ut à casu primo transeatur ad secundum, non vice versa, *l.* 2. §. *prius autem* 4. *ff. de vulg. & pup. substit.* & quòd absurdum sit in accessorio, quale est testamentum filii, contineri principale seu testamentum patris. Quando enim

conjunctum eodem tempore, iisdemque tabulis ac contextu pater sibi & filio testamentum facit, nihil refert, à suo, an à filiis incipiat, *d. l.* 2. §. *sed & si* 6. atque ut Alfenus dicebat, in conjunctionibus nullus est ordo, *l.* 14. *ff. de pecul. leg.* ac proinde, etsi non ex certa aliqua ratione juris, tamen ex interpretatione constitutionis & voluntate Divorum Principum perinde in specie proposita haberi debet: ac si casu primo initium substitutionis pater fecisset. Agitata fuit hæc quæstio jam olim in judicio centumvirali inter hæredes legitimos Coponii cujusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilianus *lib.* 7. *Inst. orat. cap.* 7. meminerunt. Coponius posthumum hæredem instituerat, eique, si, antequam in tutelam suam veniret, decessisset, Curium heredem substituerat. Cùm posthumus natus non esset, exorta est de hæreditate controversia inter hæredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius contendebat legitimis hæredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat posthumo, si posthumus impubes moreretur: at posthumum ne natum quidem esse; ac proinde defecisse conditionem substitutionis. Mucio contradixit L. Crassus, atque iisdem argumentis, quibus nos usi sumus, probavit Centumviris M. Curium nihilominus ex substitutione hæredem esse oportere. Quod judicium ut communem sententiam vindicat ab illis, quas Viglius & Faber comminiscuntur, absurditatibus, ita ipsum, cùm res adhuc dubia maneret propter auctoritatem, ut credibile est, Q. Mucii, constitutione Divorum fratrum confirmatum est.

Planè in substitutione facta pupillo exhæredato eadem interpretatio admitti non debet. Imo ne expressè quidem vulgaris substitutio eo casu fieri potest: quippe cùm vulgariter ei duntaxat substituere queam, quem ipse mihi hæredem facio. Quid si duobus diversis testamentis pater sibi & filio hæredem scripserit? sæpe enim pupillare testamentum diverso tempore fit, & novis solemnibus rursus adhibitis. Pone patrem suo testamento perfecto, alio deinde die aut hora filio testamentum fecisse, quod ei permissum est, *l. si quis* 16. §. 1. *ff. de vulg. & pupil.* aut sibi per scripturam filio per nuncupationem vel contra *l. patri.* 20. §. 1. *eod.* Atque in suo quidem testamento filium hæredem instituisse, sed iisdem tabulis nullum ei dedisse substitutum. Postea & alio demum tempore filio impuberi fecisse testamentum, quo ei pupillariter substituit. Hîc ego dicerem cum Bachovio sub pupillari expressa non intelligo comprehensam vulgarem, propterea quòd tunc filio tantùm, non etiam sibi hæredem quæsivisse pater videtur. Apud nos & in plerisque aliis Belgii Provinciis, quia pupillari substitutione non utimur, disputatio hæc supervacua est, Gudel. *in lib.* 1. *de jur. nov. cap.* 13. Grot. *lib.* 2. *introd. c.* 19. Grœnew. *de legib. abrog. tit. Inst. de pup. subst.*

CAPUT XXV.

An legatum in alterius arbitrium rectè conferatur?

QUando de legato in alterius arbitrium conferendo disputatur, tres diversi casus considerandi. Nam aut in arbitrium hæredis confertur, aut legatarii, aut tertii alicujus, sive extranei, atque hi tres casus diversum jus habent. Quod in collationem in tertii arbitrium attinet, ut de eo primum dicat, potest legatum conferri in tertii alicujus arbitrium tanquam in conditionem, *l.* 1. *pr. ff. de legat.* ubi Ulpianus ait, *in arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio potest*, id est, quasi conditio. Malim tamen cum Cujacio *lib.* 2. *obs.* 2. legere *veluti conditionem.* Sed quid hoc est, in alterius arbitrium veluti in conditionem? Respondeo, si testator sic dixerit, *Mævio fundum Tusculanum, do, lego, si Titius voluerit.* Tale, inquam, legatum valet. Ratio est, quia voluntas facti est: & potest legatum in alterius factum, non ut in voluntatem simplicem, sed ut in conditionem faciendi conferri, puta, si fortè accidit aliquando, ut id velit, ut conditio potius sit, quàm merum legati dandi arbitrium, veluti *si Titius Capitolium ascenderit.* Utrumque exemplum habemus apud Ulpianum in *d. l.* 1. *pr. ff. de legat.* 1. ubi & nihil interesse scribit, hoc an illo modo legetur. Atque ex hoc eodem loco, quod idem Ulpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni posse, sic quoque accipiendum reor, ut in aliena voluntate quasi conditione poni possit, *l. Senatus* 43. §. 2. *ff. de legat.* Nam & alibi idem auctor libertatem ita relictam, *si Sejus voluerit, Stichum liberum esse volo*, deberi ait, quod scilicet conditio potius sit, quàm legati dandi merum arbitrium, *l. fide commissa* 46. §. 2. *ff. de fideicommiss. libert.* Atque huic conditioni eodem item loco parem facit illam, *si Sejus Capitolium ascenderit.* Estque hoc legatum verè conditionale, ac mortuo antè conditionem existentem, id est, antequam tertius ille voluerit, lega-

tario, extinguitur. Dissentit Hotomannus, *lib.2. amicab.* 5. Pomponium & modestinum cum Ulpiano committens. Potest & legatum conferri & in extranei arbitrium non utique liberum, sed ut arbitrium boni viri, & tunc legatum non est conditionale, *d. l.* 1. §. 1. Bonum autem virum cùm dicimus, non Judicem intelligimus, etiamsi is vel maximè boni viri officio fungi debeat: sed qualemcunque virtute præditum, justum, fidum, innocentem, ut Cicero definit, *lib. 3. de offic.* Est verò in testamentis, in quibus voluntates pleniùs interpretamur, *lib.12. ff. de reg. jur.* hoc perpetuum, ut legatum in alterius arbitrium collatum in boni viri arbitrium collatum esse intelligatur, & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit, *d. l.* 1. §.1. *l.* 3.4. §.1. *C. comm. de leg. & fideicommis.* quanquam in contractibus arbitrii hujus adjectio vim conditionis habet. *l. si coita.*75. *ff. pro soc. l. ult. C. de cont. empt. l. si quis.*43. *ff. de verb. oblig.* At non potest legatum conferri in tertii liberum arbitrium simpliciter, dum totum legatum in meram, v. c. Titii voluntatem confertur citrà ullum respectum conditionis, ut illa verba *si voluerit Titius*, idem significent, ac si diceretur pro libero Titii arbitrio, ut arbiter & quasi dator legata sit. Nam tunc vellet testator ex puro Titii arbitrio pendere legatum, sive is æquum sive iniquum arbitratur: quod fieri non potest, *l. illa institutio.* 32. *ff. de hæred. instit. l. nonnunquam.* §. 2. *ff. de cond. & demonstr.* Enim verò in consequentiam & indirectè ex tacito Titii arbitrio pendere vis legati potest, veluti si testator expressim adjecit conditionem; *Mævio centum do, lego, si Titius Capitolium ascenderit.* Etsi enim Titius Capitolium non ascendet nisi volet, tamen testator his non tam voluntatem Titii, quàm factum ascendendi & contingentiam facti spectavit. Poterit enim velle Titius, nec tamen ascendere, morte, morbo, vi impeditus. Poterit & ascendere, nihil minus cogitans quàm ut conditioni pareat, fortè ignorans conditionem hanc legato adscriptam, aut omnino quid Mævio legatum esse. Quid si apertè testetur Titius nolle se ut Mævius legatum capiat, & tamen ascendat? Nihilominus debebitur legatum, quod non deberetur, si testator simplicem Titii voluntatem spectavisset, *d. l. nonnunquam.*

Quod ad hæredis arbitrium attinet, tantùm abest, ut legatum conferri possit in liberum hæredis arbitrium, *si hæres meus voluerit*, ut ne possit quidem in ejus arbitrium conferri, tanquam in conditionem. Atque hoc est, quòd dicitur *in l. Senatus.* 43. §.2. *ff. de legat.*1. legatum in hæredis voluntate poni non posse: nempe non posse ne quidem tanquam in conditione. Ratio est, ne sit in arbitrio ejus, quem testator obligare cogitat, an si obligatus, *l. utrum* 7. §. 1. *ff. de reb. dub.* fac. *l. stipulatio* 17. *l.* 1. *Titio.* 108. §. *ff. de verb. oblig. l.*8. *ff. de oblig. & act.* Quamobrem crediderim, nec tale legatum valere, *si hæres Capitolium ascenderit, Titio centum dato*, quamvis Cujacius valere putat, *arg. l.* 3. *ff. de legat.* 2. sed ille textus loquitur de conditione negativè concepta, cujus alia ratio est. Nam & si dixerit testator: *nisi hæres meus noluerit*, quasi conditionale legatum est, & primam duntaxat voluntatem exigit, *l. fideicommissa* 11. §. *sic fideicommissum* 5. *ff. eod.* 3. Utique in hærede hæc verba, *si voluerit*, pro conditione neutiquam accipiuntur, nisi favore libertatis, *l. si fideicommissa* 46. *pr. ff. de fideicommiss. libert.* Dicerem tamen potiùs in specie illic posita id admitti, propter verba *fidei tuæ committo*: *arg. d. l.* 36. §.3. Planè in arbitrium hæredis, quasi boni viri rectè confertur legatum, veluti si ita adscriptum fuerit, *si æstimaveris hæres, si comprobaveris si justum putaveris, si utile tibi visum fuerit, &c. l. si legatum* 75. *pr. ff. de legat.* 1. *d. l.* 11. §. *quanquam.* 7. *ff. eod.* 3. *d. l.* 46. §. 3. *de fideicommiss. liber.* neque hoc casu legatum est conditionale, per *l.*1. §.1. *de legat.*2. Utiliter quoque sic relinquitur, *cùm hæres voluerit*, quia tale legatum omnino testator præstari vult. Sed tractum temporis habet, quandiu vivit is à quo relictum est. Eo autem mortuo, si ipse non præstitit, ab hærede ejus præstandum est: nam post mortem utique datum creditur. Præmoriens autem legatarius nihil transmittit, quia conditionale est, *d. l.* 11. §. *hoc autem* 6. *l. uxorem* 41. §. *pen. de legat.* 3. facit. *l. centemisis* 46. §. 2. *ff. de verb. oblig.*

Postremò, quod ad arbitrium attinet legatarii, potest legatum in liberum ejus arbitrium & voluntatem expressè censeri: *Titio centum do, lego, si voluerit.* Et hoc legatum est conditionale ut legatario ante conditionis eventum mortuo, id est, antequam legatarius voluerit ad se pertinere, jus petendi legati ad hæredem ejus non transmittatur, quia conditio personæ injuncta videtur, *l. si ita legatum* 65. § 1. *ff. de legat.*1. *l. si ita expressum* 69. *ff. de cond. & demonstr.* Quòd si ea conditio verbis expressa non fuerit, licet tacitè insit, non facit legatum conditionale, *l. conditiones.* 99. *ff. de cond. & dem. l. ff. de legat.*2. Cui non obstat, quod alibi traditum est, conditiones, quæ tacitè insunt non reddere legata conditionalia, licet à testatore exprimantur, *l. Cornelius.*69. *ff. de hæred. Instit. l. hæredi.*7. §. *tractari.*5. *ff. quand. dies leg. servo.*47. *ff. de cond. & dem.* Hoc enim sic accipiendum & temperandum est, nisi alia sit, aut aliam vim habeat

(V) 2

conditio expressa, ut in proposito *l. nonnunquam* 52. *ff. d. tit.* idque significat Marcellus in *d. l. servo* 47. *in fin. eod.* Exposui breviter sententiam meam super subtilissima hac quæstione. Interpretes nostri non idem omnes sentiunt. Vid. *Gloss.* Bart. *&* DD. *in l.* 1. *ff. de legat.* 2. Cujac. 2. *obs.* 5. Hotoman. 1. *amicab.* 5. Robert. 2. *sent.* 10. Conan. 9. *comment.* 5. Pet. Fab. *ad l.* 22. *§.* 1. *ff. de reg. jur.* Bronch. *cent.* 3. *assert.* 48.

CAPUT XXVI.

Rei alienæ legatum quandò valeat, & quid juris, si quis legaverit rem, quam cum alio communem habet?

Etiam res alienas legari posse, semper constitit, & posse, etiamsi difficilis earum paratio sit, ut loquitur Jurisconsultus in *l. cùm servus.* 39. *§. constat.* 7. *ff. de legat.* 1. nec obstat lex duodecim tabularum, quæ tantùm de suo legandi potestatem facit *l. verbis legis* 120. *ff. de verb. sign.* nam & qui legat rem alienam, vi & effectu de suo legare intelligitur, nempè hæredem suum onerare, ut rem redimat, & redemptam præstet; aut si id non potest, æstimationem inferat, qui hujus legati effectus est *§. non solum* 4. *Instit. de legat. l. si domus* 71. *§.* 3. *eod. tit.* Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur, quod arguit *l. qui quatuor* 30. *§. ult. ff. de legat.* 3. & expresè testatur Ulpianus in *fragm. sub tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, puta *do, lego,* aut similibus. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modò in ea causa sit, ut aliquo casu emi possit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus* 104. *§.* 2. *ff. de legat.* 1. Atque ejus rei, quæ apud hostes est bello scilicet capta, legum omnimodò consistit jure postliminii, *l.* 9. *l. si servus* 98. *eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *c. filius ext. de testam.* ubi videtur hujusmodi dispositio improbari. Covarruvias putat speciem *d. c. filius* esse singularem, quòd res alterius Ecclesiæ legata illic proponatur sepulturæ causa; & ideò extra speciem ibi propositam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum consistere: & ita quoque Mantic. *lib.* 9. *de conject. ult. vol. tit.* 10. Fachin. *lib.* 5. *controv.* 38. At enim negari non potest, quin Pontifex in *§. c. filius*, ostendat sibi displicere rei alienæ legatum, cùm id magis sæculi legibus, quàm legi Dei convenire significat. Quamobrem Diod. Tuldenus *comment. ad tit. Inst. de legat. c.* 5. fatetur quidem improbari à Pontifice hanc juris civilis dispositionem: cæterùm cùm eam expresè non abroget, meritò adhuc eam obtinere debere contendit; maximè cùm probabile nitatur ratione prolixiùs indulgenti supremis hominum desideriis, & eò tantùm pertineat, ut hæres rem à domino redemptam, sed non nisi immodico pretio, justam æstimationem legatario præstet, *l. si domus* 71. *§.* 3. *ff. de legat.* 1. *l. non dubium* 14. *§. ult. l. qui quatuor* 30. *§. ult. ff. eod.* 3. Crediderim Pontificem opinionis errore deceptum putasse rei alienæ legatum legibus sæculi ita sustineri, ut eam rem velit, nolit, dominus suo pretio vendere teneatur: nam ut hæres aut redemptione rei alienæ, aut pretii illius præstatione oneretur, constat legi divinæ minimè repugnare.

Cæterùm non semper res aliena legata debetur: verùm interest, utrùm testator rem alienam legans, sciverit eam alienam esse, an ignoraverit: si scivit, debebitur; si ignoraverit, non item, *l. unum ex familia* 67. *§. si rem* 8. *ff. de legat.* 2. *l. cùm alienam* 10. *C. de legat. §. non tantum* 4. *Inst. eod. Forsitan enim,* inquit ibi Justinianus, *si scivisset alienam esse, non legasset.* Undè verò illud colligimus? Ex eo nimirum, quòd nemo facilè credendus sit hæredem suum onerare voluisse redemptione alienæ rei, *d. l. unum ex familia §. si rem l. Sticho* 36. *in fin. ff. de usufruct. legat.* Quare si res hæredis legata sit, distinctione illa non utimur, sed ea omnino debetur, quamvis testator eam suam existimans legaverit: nempè ideò, quòd cùm rei legatæ dominus ipse hæres est, tam facilè eam hæres præstare potest, quàm rem, quæ defuncti fuit, *d. l. unum ex familia §. si rem.* Planè interdùm conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistinctè debeatur; veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico singulari, aliive tali personæ, cui verosimile est testatorem quovis modo legaturum fuisse, *d. l. rem alienam C. de legat.* quod ad legata in piam causam relicta traducunt. Tiraquell. *priv. pia caus.* 66. Vasq. *lib.* 3. *de success. progress. §.* 17, *num.* 41.

Illud bellè quæritur, quid juris sit in legato rei communis. Finge testatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legasse Sempronio non adjectâ portione. Res dubitationem non habet, si testator sic dixerit: *fundum meum.* Hic enim portionem tantùm deberi, id est, partem, quæ testatoris fuit, non alienam, disertè à Paulo responsum est in *l.* 5. *§. ult. de legat.* 1. & ait Jurisconsultus hoc constare, ut

ostendat certi juris esse, non controversi Quippè & verba & mens testatoris hîc pro hærede faciunt: & verba, quia fundum meum rectè interpretamus, quatenus meus est: nam meum etiam rectè dicitur, quod pro parte meum est *l. in re communi 26. ff. de serv. præd. urb. si quis 74. de legat. 3. l. 1. de condit. instit.* quamvis totum meum esse non rectè dicatur, *l. rectè dicimus 25. ff. de verb. signif.* Mens testatoris; quia etiamsi res dubia esset, non facilè crederetur testator hæredem suum onerare voluisse necessitate redimendi partem alienam, *d. l. unum ex familia 76. §. si rem. 8 de legat. 2.* Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrùm totus debeatur, an ea tantùm portio, quæ testatoris fuit: Et siquidem totum suum esse putaverit, nemo opinor, dicturus est plus quàm partem testatoris deberi per *d. l. unum ex familias §. si rem junct. §. non tantum. Inst. de legat.* excepto utique casu supra memorato ex *l. cum alienam. 10 C. eod.* Sed quid si eodem modo legaverit, cum sciret fundum sibi cum Titio communem esse? Accursius existimavit totum deberi, quoniam legatum rei alienæ, quam testator scivit alienam esse, valet, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur: quod & Donello visum in *d. l. cum alienam n. 2. C. de legat.* Cæterùm contrariam sententiam, quam probant Bart. Bald. Jas. Angel. Zas. Duar. *in d. l. 5. §. ult. ff. de legat. 1.* Mantic. *lib. 9. de conject. ult. vol. tit 1. n. 12.* veram esse existimo, nempè partem tantùm deberi. Quippe longè diversa ratio est in casu proposito rei in totum alienæ, & rei communis sive pro parte mea. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam, quam nullam in ea re habebat, nullaque alia conjectura capi potest, quam voluisse eum totam legare. At cùm res communis fuit, & partem in ea testator habuit, omnino credibile est eum potius de sua illa parte cogitasse, quàm voluisse hæredem suum ita onerare, ut partem alienam redimat, quæ conjectura efficacissima est, *d. l. unum ex familia § si rem de legat. 2. l. Sticho 36. in fin. ff. de usufruct. leg.* Confirmat porrò hanc sententiam locus Pauli in *l. fundus 24. ff. de instrum. leg.* ubi sententiam Neratii explicans ait, si fundus, qui locatus erat, cum instrumento legatus sit, id tantum instrumentum, quod testatoris fuit, legato cedere: quòd si nullum ille in eo fundo instrumentum habuerit, quod colonus habuit, deberi. Facit huc & *l. si quatuor 30. §. qui fundum 4. ff. de legat. 3.* Atque eandem omnino rationem habet, quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit, *l. si domus 71. §. ult. ff. de legat. 1.* Enim verò, si testator nominatim dixerit se legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem*, responderem utramque partem, & tam alienam, quàm quæ testatoris fuit, legitam videri, *arg. l. Juliano 68. in pr. ff. eod. 3.*

Multa tamen huic sententiæ objiciuntur, & primò, quòd appellatione rei totum contineatur, *l. si dictum §. 2. ff. de evict.* à verbis autem non facile sit recedendum, *l. ille aut ille 25. l. non aliter. 69. eod.* Respondeo, verum quidem est, non facile à verbis recedendum esse: sed tamen recedi potest & debet, quando aliud, quàm quod dixit aut scripsit, sensisse testator apparet, *d. l. non aliter.* nam mens & voluntas testatoris verbis aut scriptura potior atque potentior est, *l.* Labeo *7. §. 2. ff. de supell. leg. l. cum virum 16. C. de fideicom. l. ubi 21. ff. de reb. dub.* Mens autem testatoris in proposito fortissimè colligitur ex illa veteribus toties usurpata conjectura, quod scilicet haud facilè credendum sit, testatorem voluisse hæredem suum onerare necessitate redimendi rem alienam. Secundò objicitur *L. Mævius 66. §. fundo legato 6. ff. de legat. 2.* Sed longè alius casus ibi deciditur, nempè quid juris sit, si quis certum fundum, cujus totius proprietas ad eum solum pertinet, usufructus autem alienus est, simpliciter, id est, non deducto usufructu legaverit; hic ait Papinianus etiam usumfructum ab hærede petendum esse. Ratio dubitandi est, quia ususfructus non est pars rei, *l. rectè dicimus 25. ff. de verb. sign.* Et verò, si pars esset, non nisi stultè quæreretur, an ubi constat totum legatum esse, appellatione totius ususfructus contineatur. Ratio autem decidendi hæc est, quòd etsi ususfructus propriè pars non est, instar tamen partis obtinet, propterea quod emolumentum rei continet: ac proinde fundo legato etiam ususfructus, nisi expressè excipiatur & detrahatur, legato cedit, *d. l. Mævius §. fundo l. 6. ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consum.* Et quod notandum cum Azone & Hugolino, ut singulare, si alio proposito id fecit testator, responsum est in specie huic gemina, eum errore labi, & plus hîc valere scripturam, quàm quod actum aut cogitatum est, *l. si alii. 19. ff. de usufruct. leg.* contra communem scilicet regulam, secundùm quam voluntas magis, quàm verba, spectanda, *l. cum virum 16. C. de fideic. l. Labeo 7. §. 2. ff. de suppell. leg.* Porrò quod his juris in toto, idem haud dubie obtinebit & in fundi parte: cujus ususfructus alienus est, legata, *arg. l. quæ de tota 76. ff. de rei vind.* D. Duarenus nimium hic sollicitus est, & frustra laborat in alio casu quærendo: quanquam vera sunt, quæ profert. Objicitur tertiò

locus in *l. cùm filius 76. §. 2. de legat. 2.* Sed eadem ad hunc locum, quæ ad superiorem, responsio est; ut præterea & hoc accedit, quod hæres, qui in casu ibi proposito ipse fructuarius est, nulla redemptione oneratur. Quartò objicitur *l. si res obligata 57. de legat. 1. d. l. Mævius 66. §. fundo 6. eod. 2. l. 6. C. de fideicommiss.* quibus locis traditur hæredem rem pignori obligatam, quæ legata sit luere debere, utique si sciebat testator eam pignori obligatam esse, *dd. ll. & §. sed & si 5. Inst. de legat.* undè sequitur non liberari hæredem præstando id, quod defunctus habuit. Respondeo, conjectura voluntatis testatoris rem suam, quam creditori obligatam esse sciebat, legantis facit, ut res integra, plena & libera debeatur. Nam cùm æs alienum onus sit hæredis, qui in universum jus defuncti succedit, non legatarii, *l. 1. C. si cert. pet.* non est credibile testatorem voluisse æs alienum solvi à legatario, nisi hoc expresserit. Aliud autem est, si obligatam esse nesciebat, exceptis duobus illis casibus, de quibus in *d. l. si res obligata 57. de legat. 1. & d. l. 6. C. de fideic.*

Nostra hæc & communis sententia nullam Gallorum moribus dubitationem habere potest, quippe, quibus ne illud quidem obtinet, ut fundo legato ususfructus, qui alienus est, ab hærede peti possit, teste Autumno *Conf. Gall. & Confer. du droict. ad d. l. Mævius 66. §. fundo legato. 6. ff. de legat. 2.* ubi scribit apud Gallos locum non esse dispositioni *d. §. fundo*, ac proindè abrogandum. Atque hoc ut voluntati testatoris, ita & Bataviæ quoque nostræ moribus omninò consentaneum videtur. Similiter, si testator alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi legaverit eo proposito, ut alter nudam proprietatem haberet, simplicitati morum nostrorum non convenit, & usufructus contra mentem testatoris communicetur secundùm *l. si tibi 19. ff. de usufruct. leg.* & nescio cujus subtilitatis objectu impediatur, ne suprema hominum judicia exitum habeant. Idem de Galliæ moribus testatur Bern. Autum. *in Confer. Gall. ad d. l. si tibi.* Grœnew. *tract de leg. abrog. ad d. l. si tibi & ad d. l. Mævius 66. §. fundo legato de leg. 1.* Alii, quibus nimia ista subtilitas non placuit, *d. l. si tibi*, interpretatione sua sic temperaverunt, ut in casu quem ibi tractat Modestinus, plus valere debeat scriptura quàm quod actum est, dummodò de eo, quod actum est, non constet: quam interpretationem nec verba, nec sententia Jurisconsulti admittunt, ut benè animadverterunt Joannes Azo & Hugolinus apud Accursium.

CAPUT XXVII.

An unquam error in nomine legatarii reive legatæ aut falsa demonstratio vitiet legatum.

SI quis hæredem instituit, sive alicui quid legat, personam hæredis aut legatarii demonstret, necesse est. Demonstrantur personæ citrà controversiam suo nomine: cæterùm & aliis modis demonstrari possunt, ut valeat institutio aut legatum, *l. quotiens 9. §. si quis 8. ff. de hæred. Instit. l. si ita 8. §. 2. ff. de bon. poss. sec. tab.* Et generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur, *l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatim 34. ff. de cond. & dem.* Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante testatore, nihilominus institutio aut legatum valeat, perindèque habendum sit, ac si nomen adjectum non esset; dummodò certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari à testatore, ut certò appareat, quem ille intellexerit, *d. l. quotiens, §. si quis ff. de hæred Inst.* pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur, *l. 2. ff. de his, quæ non pro script.* Finge ergo hoc modo legasse, *Corneliæ sororis meæ filio centum do, lego*, si soror unum tantùm filium habeat, valet legatum, quia satis apparet quem testator designavit. Sed & si ita dixerit, *Cornelio sororis meæ Corneliæ filio centum lego*, valebit legatum, etiamsi ei non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Denique & sic demonstratio rectè fit, *cujus nomen in codicillis scripsero, illi hæres meus centum dato*, *l. institutio talis 10. ff. de cond. Inst.* nam quod in hærede sic demonstrato obtinet, id vel magis in legatario valere debet. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatæ, v. c. si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus, si constet hunc legatum esse, *l. 4. ff. de legat. 1.* Et convenienter si quis cùm unum tantùm servum haberet, dixerit; *Stichum meum servum Titio do, lego*, valebit legatum, licet servo Davus, non Stichus nomen sit, *arg. l. demonst. 71. ff. de cond. & dem.* Planè si quis cùm vestem legare vellet, supellectilem scripserit, putans suppellectilis appellatione vestem contineri, placet nec vestem nec suppellectilem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l. 4. de legat. 1.* ubi Jurisconsultus hanc differentiæ rationem reddit,

quod rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. Per rerum vocabula intelligit illa; quæ Grammatici appellativa vocant; per hominum, quæ illi propria, propterea, quòd rei sive personæ tantùm singularis designandæ causâ reperta sunt. Hæc ait esse mutabilia; quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singulorum imponuntur & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia, *l. Labeo* 7. §. 2. *ff. de. supell. leg.* ut proinde in his error sit tolerabilis, in illis stultus & intolerabilis. Et sanè ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia θέσει constant & ita, ut pro arbitrio cujusque privati & citra considerationem naturæ rei imponantur: quapropter nec rei οὐσίαν sed tantùm differentiam ἐπεξιωσιν indicant. Appellativa verò φύσει quodammodo constant, id est, à natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt ἀρχικὰ καὶ στοιχεῖα, seu principia & elementa reliquorum. Sanè Cratylus apud Platonem existimat majorem quamdam vim, quam humanam, prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, licet impostitia sint, publica tamen & ipsa sunt, ac communia: sive prudenter, sive temerè & κατὰ τύχην imposita sint, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinione exaudiri debeant, sed ex communi usu: eorumque impositio naturæ consona habetur, nec minus hæc, quàm prima ipsam rei substantiam denotant. Quæsitum verò est, an non saltem valere debeat legatum, si res cùm oculis subjecta esset, à testatore manu demonstrata sit, ut alieno nomine eam appellaverit: veluti si cùm equus præsens esset, ita dixit, *Hunc bovem Titio do, lego?* Accursius in *l. quæ extrinsecus* 65. *ff. de verb. oblig.* existimat valere, & equum deberi, cujus sententiam & plerique Interpretes secuti sunt. Mihi verò id minimè consentaneum videtur responso Pauli in *l.* 3. *de reb. dub.* ubi Jurisconsultus sic scribit: *Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.* Convenienter omnino sententiæ sive Servii, sive Celsi, dicentium *non videri quemquam id dixisse, cujus non suo nomine usus sit?* aut quod idem valet, neminem videri sensisse, quod non dixit: quanquam Tubero plus hic tribuebat voluntati, *l.* 2. *ff. de supell. leg.* Quamobrem magis est, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat atque æque stultum ac derisorium ut illa, de quibus in *l.* 4. *ff. de legat.* 1. quod etiam Mynsingero ad §. *si quidem* 29. *Inst. de legat. n.* 10. verius videtur. Planè si quis chartas librorum appellatione, aut contra complexus esse dicitur, locus esse potest quæstioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l. librorum* 52. §. *quod tamen* 4. *ff. de legat.* 3. *& ibi Bart.* Quin etiam generaliter idem admittendum putem, si aliquo colore usuve loquendi vocabulum, quo testator usus est, ad quod voluisse dicitur, extendi potest, *arg. l. si quis vinum* 9. *pr. ff. de trit. vin. ol. leg.* quod & Diod. Tuldenus probat in *comment. ad Inst. tit. de leg. cap.* 21. Duar. *ad l.* 4. *de leg.* 1. Pet. Fab. *l.* 2. *semestr.* 14.

Quod in errore nominis personæ legatariis, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus sit, legatum tamen utile sit modo de persona aut re aliunde constet, id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, omni adjectione, quæ extra nomen personæ aut rei designandæ gratia adhibetur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda testator erraverit, tamen legatum perinde valeat, ac si nullus error intervenisset: dummodò constet, cui legare, aut quam rem legare testator voluerit, *l. demonstratio* 17. *pr. &* §. 1. *l. falsa.* 33. *& l. seq. de cond. & dem.* §. *huic proxima* 30. *Inst. de legat.* Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis, *l.* 6. *ff. de reb. cred. l. nominatim* 34. *ff. de cond. & dem.* Cæterùm hæc regula sive sententia sic in universum temperanda est, nisi quid aliud obstet legato præter falsitatem demonstrationis. Hoc autem observato facilè removeri poterunt pleraque, quæ alioqui huic sententiæ obstare videntur. Nam primò, si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, responsum est inutile esse hoc legatum; veluti, si testator ita dixerit: *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego*, si hæc in arca nulla sint, placet nihil deberi, quasi certum corpus, quod in rerum natura non est, legatum sit, *l. si servus* 108. §. *qui quinque* 10. *ff. de legat.* 1. *l.* 1. §. *sed & si* 7. *ff. de dot. præleg. junct. l. planè* 34. §. *sed hoc ita* 4. *ff. de legat.* 1. Prius enim est, ut sit, quod legetur, quàm legatum valeat, aut dici possit falsa demonstratione perimi, *l. quibus* 40. §. *pen. ff. de cond. & dem.* 1. Si quis ita legaverit: *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego*, sine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum esse legatum, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia scilicet non apparet, quid quantumve legatum sit, *l. si sic legatum* 75. §. 1. *de legat.* 1. 3. Eadem ratione inutile est & hoc legatum. *Quod Titio debeo, ei lego*, si testator neque debeat, neque quantitas adjecta sit; quamvis si ita dixerit. *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, legatum utile sit, licet nihil Titio debeatur, quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat, *d. l.* 75. §. 1. *l. legavi.* 25. *sub fin. ff. delib.*

leg. 4. Sed etsi quantitas adjecta est, tamen ne sic quidem semper utile est legatum in hujusmodi speciebus. Finge testatorem ita legasse, *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*; constat hoc legatum inutile esse, etiamsi verum sit centum Titio deberi: quoniam debitor id, quod ipse debet, alii quàm creditori legare non potest, ac proinde ne sic falsum erit, legatum valebit. Nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. 5. Finge iterum legasse hoc modo, *Titio centum quæ mihi debet, lego*, cùm Titius nihil deberet, nihil hîc item esse in legato responsum est, multùmque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, *d. l.* 75. §. 2. *d. l. legavi* 25. *vers. quod si sic.* Nimirum, etsi hîc centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, nisi liberatio: quo legato hoc continetur, ut si hæres petat exceptione removeri, si non petat, ultro pulsari possit, ut debitorem liberet, *l.* 3. §. 3. *ff. de lib. leg.* Neutri verò horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. 6. Pari ratione si testator centum, quæ Titius ei debeat, legaverit Sempronio, dicendum est inutile esse legatum, si Titius nihil debeat: quippe nec hîc legantur centum, quæ hæres det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut hæres actiones suas præstet, §. *tam autem* 21. *Instit. de legat.* nullas verò habere aut præstare potest adversus eum, qui nihil debet: quod Ulpianus in *d. l. si sic legatum* 75. §. 2. *de leg.* 1. breviter his verbis significat, *esse enim debitor debet,* Postremò, non obstat huic sententiæ, quod Papinianus Sabinum respondisse scribit, falsam demonstrationem non facere legatum, *l. cum tale* 72. §. *ult. ff. de cond. & dem.* Neque enim hoc dicimus falsam demonstrationem facere legatum, sed non vitiare legatum. Legatum faciunt verba disponentia, non demonstrantia. Itaque in specie illic à Papiniano proposita, *ex centum, quæ Titio legavi, quinquaginta hæres Sejo dato*, non Titius, sed Sejus est legatarius, qui solus est in dispositione, eique quinquaginta debentur non obstante vitio demonstrationis. Titio autem, qui in demonstratione est, debetur nihil, Jul. Pac. *cent.* 6. *quæst.* 44.

CAPUT XXVIII.

An hæres ob omissam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgò nunc Trebellianicam appellant? Et an ex eadem causa amittat legitimam?

Lege duodecim tabularum, licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut hæredi relinqueretur præter onus & molestiam æris alieni *l. verbis leg.* 120. *ff. de verb. sign.* qua licentia cùm testatores usi essent, eveniebat plerumque ut suprema eorum judicia destituerentur, recusantibus scriptis hæredibus, nullo suo aut quàm minimo lucro hæreditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis sæpè oneribus minimèque necessariis se implicitare. Quod cùm & ipsis testatoribus inutile esset, & publicè expedire putetur supremas hominum voluntatis exitum habere, *l.* 5. *ff. testam. quemadm. aper.* visum est ex usu esse reip. hæredes justo aliquo lucro ad adeundam hæreditatem invitari, quo suprema judicia conservarentur. Id quod commodè fieri posse creditum est, libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur: quæ res cùm primùm lege Furia, deindè Voconia tentata esset, tandem lege Falcidia perfecta est, qua cautum, ne plus legare liceret quàm dodrantem totorum bonorum, *l.* 1. *ff. ad leg. Falcid. pr. Inst. eod.* Procedente tempore ob eandem causam eadem lex producta est & ad fideicommissarias hæreditates, cautumque senatusconsulto Pegasiano, ut rei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde licere quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis retinere conceditur, §. *sed quia* 5. *Inst. de fideic. hæred.* Cujus senatusconsulti vim Justinianus postea transfudit in senatusconsultum Trebellianum, ut jam ex solo senatusconsulto Trebelliano restituatur hæreditas, atque ex hoc eodem senatusconsulto quartam partem hæres retineat, §. *sed quia stipulatione* 7. *Inst. eod.* Undè interpretes quartam hanc appellaverunt quartam Trebellianicam: quanquam veteres & hanc ipsam vocant quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ, nunquam alio nomine, ut videre est in *l. cohæredi* 41. §. 3. *ff. de vulg. & pup. subst. l.* 2. §. *ult. de jur. codicill. l. filiusfam.* 18. *pr. l. si à me* 29. *l. in ratione* 30. §. *tametsi* 7. *l. lex Falcidia* 47. §. 1. *l. Titia* 86. *ff. ad leg. Falcid. l.* 2. *l.* 3. *l. mulier.* 22. §. 2. *l. si patroni* 55. §. 2. *l. deducta* 58. §. 3. *ff.* ad

ad ſenatuſc. Trebell. 1. *l. quanquam* 10. *& l. ſeqq. C. ad leg. Falcid. &c.* Nimirum quia ſenatuſconſulto Pegaſiano non tam nova quarta introducta eſt quàm quarta Falcidiæ producta ad fideicommiſſa univerſalia. Porro leg. Falcidia hæredis potiſſimum cauſa lata fuit, ejuſdemque etiam gratia tracta ad fideicommiſſa hæreditatis, *l. poteſt hæres.* 71. *l. Titia.* 89. *in fin. ff. ad leg. Falcid. junct.* §. *ſed quia.* 5. *Inſt. de fideic. hæred.* cui conſequens, ut nec teſtator teſtamento ſuo prohibere potuerit, ne hæres commodo Falcidiæ uteretur, *l. quod bonis.* 15. §. 1. *ff. ad leg. Falcid. l.* 1. §. *inde Neratius.* 19. *ff. ad ſenat. Trebell. l. ſi ut allegas* 11. *C. ad leg. Falcid.*

Primus Juſtinianus Falcidiæ locum eſſe noluit, ſi teſtator expreſſim vetuerit hæredem ea uti, *Nov.* 1. *c.* 2. *in fin.* unde ſumpta *auth. ſed cum teſtator. C. ad leg. Falcid.* Idem Imperator jam antè caverat, ut etiam hæres, qui inventarium facere neglexiſſet, beneficio legis Falcidiæ privaretur, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.* quod & repetit *d. Nov.* 1. *c.* 2. §. 1. Quæ Juſtiniani conſtitutiones occaſionem præbuerunt interpretibus quærendi, an quæ Imperator illic cavet circa quartæ Falcidiæ prohibitionem & amiſſionem, etiam pertineant aut trahi debeant ad quartam quam vocant Trebellianicam, ut & hujus detractionem teſtator poſſit prohibere, & hæres quoque commodum ejus non confecto inventario amittat. Quæ fortè quæſtio ab illis mota non fuiſſet, ſi id, quod modò diximus & demonſtravimus, obſervaviſſent, nunquam alio nomine veteribus quartam ſenatuſconſulti appellatam, quàm Falcidiæ. Ex eo etiam didiciſſent appellatione Falcidiæ etiam quartam ſenatuſconſulti contineri, nec impropriè, ut illi, ſed propriè, ſi uſûs proprietatem ſpectemus, non vocis. Ac proinde poſitis terminis habilibus atque in dubio ubi nulla expreſſim differentia conſtituitur inter quartam, quam hæres de ſingulis rebus detrahit, & quam retinere poteſt ex fideicommiſſo hæreditatis, quidquid de Falcidia jure cavetur, ex æquo ad utramque Falcidiam pertinere. Atque omnino veriſimile eſt, Juſtinianum perpetuum omnium auctorum juris uſum ſecutum utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendiſſe. Nunc verò tametſi crebrius eo itum eſt, atque id paſſim uſu receptum, ut etiam detractio quartæ ſenatuſconſulti ex auctoritate *d. Nov.* 1. *c.* 2. expreſsè prohiberi poſſit, propter communem rationem prohibitionis permiſſæ, quæ hæc eſt, ut impleatur defuncti voluntas, Gomez. *lib.* 1. *reſol. c.* 5. *num.* 11. Clar. §. *teſtamentum. qu.* 62. Mantic. *lib.* 7. *de conject. ult. vol. tit.* 11. *& ſeq.* Everh. *in top. loc.* 34. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. nov. cap.* 1. Perez. *par. C. ad ſenat. Trebell. num.* 20. Grot. *liq.* 2. *introd. cap.* 20. Gail. 2. *obſ.* 138. *num.* 15. Grœnew. *de leg. abrog. ad d. auth. ſed cum teſtator.* Tamen ob inventarium non confectum major pars DD. cenſere dicitur hæredem non amittere quartam Trebelliani & ſecundùm hoc ſæpiſſimè judicatum eſt, Clar. *d.* §. *teſtamentum quæſt.* 63. *deciſ. Cur. Holland.* 3. Gail. *de obſ. num.* 3. *&* 6. Mynſing. 3. *obſ.* 60. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 317. *& vol.* 4. *deciſ.* 51. Perez *in Cod. de jur. delib. num.* 14. Fach. 4. *contr.* 38. Grœnew. *ubi ſupra*, quod profectò mirum eſt: nam & amiſſionis quartæ Falcidiæ ob non confectum inventarium eadem ratio eſt in hærede fiduciario, quæ in hærede Falcidiæ, violenta nimirum præſumptio fraudis & ſubſtractionis rerum ab hærede factæ, ob quam cauſam hanc pœnam eum luere vult Juſtinianus *ποινὴν*, ut ipſe loquitur, *τῆς ἑαυτοῦ κακουργίας, διότι παρέβη τὸν νόμον*, quæ præſumptio proinde abſoluta eſt, juriſque & de jure. Aut igitur hæres fiduciarius non tenetur inventarium facere; aut ſi tenetur, quod in confeſſo eſt ſi non fecerit, dignus erit, qui eadem pœna malignitatis ſuæ & *παραβάσεως* mulctetur, & alioqui liberam habebit graſſandi in hæreditate facultatem. Sed & in *d. Nov.* 1. *c.* 1. *in pr.* etiam de hæredibus fiduciariis & fideicommiſſariis univerſalibus Juſtinianus agit, ad quos proinde & ſequentia rectè referuntur, & quod in *d. c.* 2. §. 1. *ejuſd. Nov.* traditur de citatione fideicommiſſariorum, etiam ad univerſales, quorum præcipuè intereſt, pertinet. At, inquiunt, leges correctoriæ non ſunt extendendæ, odia reſtringenda, &c. Cur igitur, inquam, ex eo quod Juſtinianus teſtatori permiſit prohibere detractionem quartæ Falcidiæ, inferunt etiam conceſſum eſſe teſtatori prohibere retentionem Trebellianicæ. Quin etiam ipſi DD. communiter poſt Gloſſam in & per text. *c.* 5. *Nov.* 118. admittunt etiam legis novæ & correctoriæ, rationem correctionis exprimentis, extenſionem fieri poſſe ob identitatem, ut loquuntur rationis, Gomez, *ubi ſupra num.* 11. & ibi citati. Denique nulla in propoſito fit extenſio, ſi veterum loquendi conſuetudinem, ut ante probavimus, ſpectemus. Atque hæc ſententia, refragante licet Diod. Tulden. *comm. ad Inſt. tit. de legat. c.* 3. qui nec à teſtatore prohiberi poſſe quartæ ſenatuſconſulti detractionem contendit, mihi veriſſima videtur: quin etiam ſequitur Præſ. Everh. *d. loc. n.* 5. Gudelin. *d. c.* 11. Charond. *lib.* 13. *reſponſ.* 68. Ant. Fab. *Cod. for. ad Sen. Treb. defin.* 5. *& de jur. delib. defin.* 23. Cacheranus. *deciſ. Pedemont.* 147. ſupra ſexaginta Doctores hujus ſententiæ aſſertores citat. Excipiunt verò liberos primi gradus, quoniam nec his prohiberi poteſt deductio quartæ Trebelliani, per *l.* 6. *C. de ſenat. Tre-*

bell. In quo tamen & ipso insignis & non unus error est. Primùm, quòd firmamentum hujus exceptionis ponunt in *d. l. 6.* quæ Zenonis est, cùm ante constitutionem Justiniani in *d. Nov. c. 2.* nec in extraneis Falcidiæ aut Trebellianicæ deductio prohiberi potuerit. Secundò, quia illa exceptio non est de regula, nam respicit tantùm liberorum legitimam, quæ eis ne nunc quidem sine justa causa auferri potest, admissa verò duplici in liberis detractione, de qua agimus quæstione sequenti, quin detractio Trebellianicæ, in qua non liberorum, sed cujusvis alterius hæredis jure censentur, iis prohiberi possit, nullus dubitat. Tertiò, quòd solos liberos & primi gradûs excipiunt, cùm excipiendi sint omnes, quibus legitima relinqui debet, quique ea non relicta de inofficioso queri possunt, proinde parentes quoque: item fratres ac sorores consanguinei rogati hæreditatem restituere turpi personæ. Postremò, quòd eamdem exceptionem ponunt etiam ubi liberi hæredes Falcidii aut Trebellianici inventarium facere neglexerunt: de quo mox ex professo. Plane si hæres purè rogatus hæreditatem restituere, eam statim quoque restituerit, poterit excusari, eo quod ideo videatur omisisse confectionem inventarii, quia id onus jam non ad se, sed ad fideicommissarium pertinere existimavit.

Proxima superiori quæstio est, an liberi ex causa non confecti inventarii amittant legitimam? Qui negant extraneum hæredem ob non confectum inventarium amittere Trebellianicam, iidem non potuerunt negare liberos ex eadem causa amittere legitimam. Sed tamen & qui affirmant ex ea causa extraneos amittere Trebellianicam, negant tamen liberos amittere legitimam. Et quamvis explorati juris sit, hanc esse pœnam hæredis inventarii confectionem omittentis, quòd privetur quarta Falcidiæ, tamen ob eamdem causam liberos non privari legitima longè pars maxima interpretum pro comperto habet. Gail. 2. *obs.* 138. *n.* 14. Fachin. *lib.* 4. *controv.* 34. Christin. *vol.* 1. *decis.* 217. *n.* 6. *& seqq.* Ant. Fab. *Cod. suo for. de jur. deliberand. defin.* 23. *& ad senat. Trebell. defin.* 5. ubi in notis ait, neminem dubitare quin liberis salva maneat retentio legitimæ, etiamsi inventarium facere neglexerint. Sed tamen non unus est, qui contrarium docuit, Salicet. *in auth. sed cum testator. C. ad leg. Falcid. & in l. ult. §. si quis autem. n.* 4. *C. de jur. delib.* Sarmient. *lib.* 2. *select. interp. c.* 7. Covar. *in c. si hæredes.* 10. *ext. de testam.* Cacheran. *decis.* 138. *à num.* 2. *usque ad* 6. & inter alios quoque Cujac. *in expos. d. Nov. l.* 1. eamque sententiam etiam probatam fuisse viro clarissimo D. Petro Cunæo beatæ memoriæ Collegæ quondam meo, in posterioribus ejus curis manuscriptis comperi, & veram esse ipse quoque existimo. Enim verò si quæstio ita, uti potius oportebat, proponeretur, an etiam in liberis ob inventarium non confectum locus esset præsumptioni κλοπῆς & κακουργήματος, quod hæreditas fuerit solvendo, & si nihil surripuissent, μηδὲν ἐκακουργῆσαι quod legatis & fideicommissis exolutis satis adhuc ad quartam Falcidiæ aut legitimam iis superesse appareret: nescio an multi hoc negaturi sint: nam sanè cùm Justinianus in *d. Nov.* 1. *c.* 2. simpliciter & sine ulla hæredum distinctione loquatur, eam ad hæredes extraneos restringere difficile est. Quin idem Imperator in *l. ult. §.* 1. *§.* 2. *& §. fin vero. C. de jur. delib.* disertè loquitur tam de suis hæredibus se immiscentibus, quàm de extraneis adeuntibus. Et cùm utique etiam liberi inventarium facere teneantur, fieri nequit, ut eo omisso non in eamdem quoque pœnam propter præsumptionem, quam diximus, cum cæteris incidant, ut & Falcidiæ beneficio priventur, solidaque legata & fideicommissa præstare debeant, etsi vires excedant patrimonii. Sic igitur teneatur de propria substantia πληρώσει, complere legatarios & fideicommissarios, *d. Novell. c.* 2. *§.* 2. *in pr.* qui color hîc prætexi poterit deductioni aut retentioni sive Falcidiæ sive legitimæ; unam enim in liberis jure civili atque eamdem portionem hæ duæ hîc efficiunt: unde & ipsa legitima à Papiniano & Ulpiano Falcidia appellatur in *l. Papinianus.* 8. *§. meminisse.* 14. *in fin. ff. de inoff. testam.* ut ab ipso Justiniano in *l. quæ nuper.* 31. *C. de inoff. testam.* atque aucta legitima etiam Falcidia in liberis aucta intelligi debet. Govean. *lib.* 2. *var. lect. c.* 1. Cujac. *ad Nov.* 18. *c.* 1. Quid quod posita superiore προλήψει, quam probavimus esse juris & de jure, non tam amittunt liberi legitimam, quàm integram jam habere præsumuntur. Non magni itaque momenti sunt, quæ objiciuntur: qualia quod legitima debeatur tanquam æs alienum, quod nonnisi ex causis, quæ de inofficioso querelam excludunt, amittatur. Nam propriè loquendo legitima non est debitum, ac ne naturale quidem, quamvis ita propter certos effectus vocetur in *l. scimus.* 36. *§.* 2. *C. de inoff. testam. l. un. in pr. C. de impon. lucrat. descript.* & adita non confecto inventario hæreditate confunduntur actiones, hæresque quod sibi à defuncto debetur, amittit, *l. ult. §. in computatione.* 9. *C. de jur. delib.* nec querela datur, nisi præteritis aut exhæredatis: denique nec ex causa ingratitudinis aut inobedientiæ hanc sententiam defendimus, sed ex supradicta ratione legis præsumentis inventarium non facientes ipsos sibi satis prospexisse: nisi quis

existimat, quod humanam videtur, hanc præsumptionem contra liberos non esse tam vehementem, quin per rei veritatem elidi possit, si fortè ipsi liberi, quibus jure naturæ deberi legitima dicitur, hæreditatem non esse solvendo doceant; maximè cùm legatarii & fideicommissarii certent de lucro captando: quo inclinare videtur Bachovius ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 2. *thes. penult.*

CAPUT XXIX.

Filius hæreditatem restituere rogatus quo jure duplici deductione utatur, & quid hîc usu receptum?

VErissima sententia est, filium hæreditatem restituere justum jure civili unica deductione sive legitimæ, sive Trebellianæ portionis contentum esse debere: atque oppido quàm alienum est à ratione juris civilis, quod de duplici detractione jure Pontificio cautum est in *c. Raynutius, &c. Raynaldus, ext. de testam.* Rationes hæ sunt. Primùm, quia harum portionum hoc proprium est, ut una in alteram imputetur & consequenter alteram consumat, *l. si mulier* 22. §. 2. *ff. ad SC. Trebell. l. in quartam* 91. *ff. ad leg. Falcid. junct. l. si quandò* 35. §. 2. *C. de inoff. testam. l.* 8. §. *si quis* 15. *ff. eod.* 2. Quia aliàs eadem ratione etiam quartam Falcidiæ de legatis & fideicommissis singularum rerum, & simul legitimam filius hæres institutus detrahere deberet: quod tamen nemo dixit, quanquam id tentat Zypæus apud Christin. *vol.* 1. *decis.* 245. *n.* 12. sed arg. juris in *d. ca. Raynutius* constituti. 3. Quia si hæres fideicommissarius nonnisi semissem hæreditatis, & nonnunquam etiam minus consequeretur, nempè eo casu, quo propter numerum liberorum ipsa legitima est semis. 4. Quia ubi ex alia lege portionis alicujus fit deductio, lex Falcidia & senatusconsultum cessant, *l.* 1. §. *pen. ff. si cui plus quàm per leg. Falcid. l. Papinianus* 7. §. 6. 11. *&* §. *si quis* 15. *de inoff. testam.* 5. Quia testatoribus omnibus jure civili concessa est libera potestas disponendi de dodrante totorum bonorum, *l.* 1. *ff. ad leg. Falcid.* & parentibus utique aucta postmodùm quantitate Falcidiæ seu legitimæ in liberis, de besse aut septunce. 6. Per textus expressos in *l. cohæredi* 41. §. 3. *ff. de vulg. & pupill. subst. l.* 6. *C. ad senat. Treb. l. liberto* 21. §. 2. *ff. de ann. leg. l. filium* 24. *C. fam. ercisc. l. quanquam* 10. *C. ad leg. Falcid.* quibus omnibus locis in terminis nostris quadrante duntaxat retento dodrans restituitur. Denique ipse Justinianus *Nov.* 1. *cap.* 1. §. 1. satis apertè solius legitimæ deductionem liberis oneratis concedit. Estque veritatis hujus sententiæ tanta evidentia, ut & veterum interpretum multi, Joan. Glossat. Cynus. Bart. Bald. Fulgos. Jason. *&c.* ipsaque Glossa in *d. c. Raynutius*, & recentiores ferè omnes, non modò Hotomannus *qu. illust.* 4. Donellus *lib.* 7. *comm. cap. ult.* Bachov. *ad.* Treutl. *vol.* 2. *disp.* 14. *thes.* 2. sed etiam Pontifici romano addicti, Goveanus in *l.* 2. *ff. ad leg. Falcid. n.* 9. *&* 10. Cujac. 8. *observ.* 3. Gail. 2. *obs.* 121. *n.* 4. Ant. Fab. *d. c.* 11. *err.* 7. *& Cod. forens. de codicil. defin.* 7. Tulden. *in Cod. ad senat. Trebell. n.* 4. Perez. *ad Cod. eod. tit. n.* 11. veram eam esse ultrò fateantur, Pontificesque Innocentium & Gregorium excusent; quòd secuti communem Interpretum errorem, secùs constituerint. Pauci verò admodùm sunt ex neotericis, qui etiam juri civili convenire constitutionem Pontificiam contendunt, atque inter hos facilè primas tenet Ant. Fachinæus *lib.* 5. *controv. c.* 2. Cæterùm ille in hoc ab aliis, Anton. Contio *lib* 1. *disp. jur. civil.* Peregrino *tract. de fideicomm. art.* 3. *n.* 5. discrepat, quod ingenuè fatetur duplicem illam detractionem legitimæ simul & Trebellianicæ non convenire juri Digestorum aut Codicis, eamque tantùm defendit quasi consentaneam juri novissimo, constitutioni videlicet Justinani. *Nov.* 39. *c.* 1. cæteri verò quasi convenientem & juri antiquiori. Horum argumenta cùm jam dudùm à doctis viris plenissimè confutata sint, & novissimè à nobilissimo & cl. viro D. Ja. Mæstertio, collega nostro *lib.* 2. *de just. leg. Rom. c.* 48. nos eorum summam duntaxat colligemus breviterque singulis respondebimus; deindè nobis res erit cum D. Fachinæo.

Aiunt igitur, cùm duæ istæ quartæ ex diverso jure promanent, legitima ex jure naturæ, Trebellianica ex senatusconsulto, alteram alteri obesse non oportere, quemadmodùm nec prælegata imputantur in Falcidiam, sed hæres & ea ex beneficio testatoris, & Falcidiam ex legis auctoritate obtinet. 2. Quòd legitima detrahatur tanquam à filio, Trebellianica tanquam ab hærede; nihil autem absurdi sit, unum & eumdem duplicem sustinere personam, & indè duplex commodum capere, *l. si tutorem* 22. *ff. de his quæ ut indign.* 3. Quod novum non est, ut duplex deductio & gemina deducendi causa concedatur, *l. quotiens* 67. *ff. ad leg. Falcid.* 4. Argumentum ducunt ex *l.* 3. §. 2. *ff. eod.* ubi duplex deductio permitti videtur Falcidiæ & Trebellianicæ. 5. Quòd æs alienum non imputetur in quartam. Ad primum respondeo, id non procedere: quandò utrumque ejus naturæ est ut unum alterum excludat, *l.* 34. *ff. de O. & A.* Deindè im-

putari in Falcidiam, quicquid hæres jure hæreditario capit; quo jure in proposito filius legitimam consequitur; in Trebellianicam, de cujus detractione hîc disputamus, etiam quod jure legati aut fideicommissi, *l. in quartam* 91. *ff. ad leg. Falcid. l. mulier* 22. §. 2. *ad senat. Trebell.* sicut & in legitimam; *l.* 8. *l. si quandò* 35. *C. de inoff. test.* §. *ult. Inst. eod.* Ad secundum respondemus ex *l.* 8. §. *si quis* 15. *ff. de inoff. test.* & *l.* 1. §. *pen. ff. si cui plus quàm per leg. Falc.* ubi itidem unus & idem duas personas sustinet, & tamen una duntaxat quarta deducitur. Hoc tantùm indè sequitur filium optionem habere utro jure alterutrum consequi velit. Quid quod nec verum illud est, quod aiunt, filium in proposito duplicem sustinere personam: nec enim aliter considerari potest, quàm à patre hæres institutus, quamvis oneretur fideicommisso. Ad tertium, unam tantùm quartam in specie *l.* 67. *ff. ad leg. Falcid.* deduci, hæredemque partem retinere suo jure, partem vitio legatarii. Ad quartum, in casu *l.* 3. §. 2. *ff. ad Senat. Trebell.* duplicem quidem deductionem fieri, unam de legatis, alteram de fideicommisso, sed quæ, si assem spectamus, unius tantùm quadrantis deductio est. Ad quintum, quòd legitima neque est in bonis filii, neque filio ut æs alienum debetur, alioqui neque per exhæredationem ea privari posset. Quin nec debitum est naturale: nullam enim certam portionem in bonis parentum filiis natura definivit: sed impropriè tantùm ita vocatur propter varia privilegia, quibus Imperatorum constitutionibus donatur, & quia liberis non nisi ex gravissimis causis ea adimi potest. Solum autem verum debitum hæres seorsùm deducere potest, idque demùm novo jure ei concessum, & nonnisi confecto inventario secundùm constitutionem Justiniani in *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jur. delib.* Jam videamus quid ex novissimo jure pro tuenda illa duplici detractione afferat D. Fachinæus. Ille ex *Nov.* 39. *cap.* 1. sic argumentatur: Quòd filius restituere jussus est, de eo illic potestas ei fit detrahendi quartam ex auctoritate senatûsconsulti: at hoc tantùm quod legitimam excedit, jussus est restituere; quia legitima fideicommisso gravari nequit, &c. Respondeo verbis testatoris hæreditatem restitui rogantis etiam legitimam, ut ipsius hæreditatis portionem contineri, & legibus satisfieri, si legitimam filius quoquo modo salvam habeat. Nam nec antè illam Justiniani constitutionem legitima fideicommisso onerari potuit: sed hoc scilicet effectu non potuit, ut filius ea vel parte ejus privaretur. Sic olim nec Falcidia nec Trebellianica fideicommisso gravari potuerunt, quæ tamen portiones sunt hæreditatis, & quod dicitur non legitimam recipere ullum onus, accipiendum est de onere, quod ex dispositione testatoris proficiscitur *l.* 32. *C. de inoff. test.* non de eo quod ex ipso jure hæreditario exurgit, de quo vide *quæst.* 20. *l.* 1. Quin potiùs ex illa ipsa *Nov.* 39. *cap.* 1. rectè colligas non posse filium plus quàm portionem legitimam deducere, qui excipitur tantùm casus unus favorabilis, nempè si legitimæ deductio non sufficiat ad justum dotis vel antenuptialis donationis modum: ultrà verò quam satis sit, quicquam deduci non permittitur, *auth. res quæ. c. comm. de legat.* Instat tamen Fachinæus, & hoc præcipuè urget, quod legitima illic ipso jure videtur eximi fideicommisso, nempè ut id intra bessem consistat; cujus proindè deliberatio ex senatusconsulo rectè fiat: quippe quòd non minùs suffragetur partem restituere rogato, quàm totum assem. Respondentibus autem hoc obtinere in eo, qui tantùm partem illam accepit, reliquo in cohæredes distributo, reponit filium ex providentia legis, non ex judicio patris, legitima potiri: ea verò demùm in quadrantem Trebellianum imputari, quæ ex testamento obtinentur. At, inquam, si illud argumentum vim ullam haberet, etiam jam olim valere debuit. Deindè facile est probatu in casu proposito legitimam ex testamento, jure hæreditario ad filium pervenire: quoniam in casu filii substituti legitima hæreditatis pars est, quæ non absorbetur fideicommisso; quippè quod intrà bessem consistit, ut ipse fatetur Fachinæus: & præsumendum est testatorem voluntatem suam submisisse auctoritate juris. Et quid quod alioqui filius vi ipsâ à tota hæreditate videbitur exclusus, quod nescio an quisquam adhuc dixerit. Non movet, quòd dos hæreditatem filiæ restituere rogatæ non imputetur, quoniam non est in hæreditate patris, ut respondet Papinianus in *l. pater filiam* 14. *ff. ad leg. Falcid.*

Quod alterum membrum nostræ quæstionis attinet, lippis & tonsoribus notum est, jus illud duplicis detractionis, legitimæ scilicet & Trebellianicæ, jure Canonico liberis universali fideicommisso gravatis concessum in foro & judiciis ubique receptum esse. Cæterùm hæc adhuc incerta sunt. 1. Utrùm illud jus tantùm obtinere debeat in liberis primi gradûs, an verò & in liberis graduum inferiorum? 2. An id obtineat in liberis fideicommisso puro gravatis, quod statim restituendum est? an verò in gravatis fideicommisso conditionali aut in diem duntaxat? 3. An etiam obtineat, quandò legitima liberorum excedit trientem? Quantùm attinet ad primum dubium, Ant. Gailius, *lib.* 2. *obs.* 133. *num.* 4. jus duplicis detractionis; tanquam ex communi opi-

nione, restringendum putat ad liberos primi gradûs, motus argumento *l. jubemus 6. C. ad senat. Trebell.* ubi Zeno liberis primi gradûs, filiis aut filiabus hæredibus institutis & hæreditatem restituere rogatis hoc beneficium concedit, ut ne cogantur fructus perceptos imputare in quartam Trebelliani: quod ad nepotes aut ulteriores ab avo vel proavo institutos & similiter gravatos non pertineat: quam sententiam etiam probasse videtur supremis Hollandiæ senatus *decis. 9.* expressè eam probavit *Curia Fris. apud* Joan à Sande *lib. 4, tit. 7. defin. 6.* & senatus Sabaudiæ. Ant. Fab. *C. forens. lib. 6. tit. 27. defin. 6.* Cæterùm etsi vera quidem est hæc sententia in nepotibus, quibus non debetur legitima, sive quos pater ex quo nati sunt, præcedit, & efficit, ne avo sint gradu proximi: nulla tamen profectò ratio est, cur non idem jus quod filio competit, summoto filio concedatur nepoti, qui jam proximum ab avo, & primum in suo ordine gradum obtinet, idemque planè juris in bonis avi habet quod pater, in cujus locum successit, habiturus fuisset, si vixisset, in bonis patris sui, idque jure utroque & Canonico & civili. Atque omninò eodem quoque modo accipienda & temperanda est illa modò memorata Zenonis constitutio. Pet. de Bellapert. *in d. l. jubemus* & plures alii allegati apud Sande *d. loc. defin. 6.* Græv. *de concl. 121. n. 6.* & ita censuit Curia Hollandiæ *decis. 17. sub. fin.*

Secundum dubium peperit doctrina Glossæ in *l. 8. §. meminisse 14. ff. de inoff. test.* distinguentis inter fideicommissum purum, quod illicò restituendum est, & conditionale vel in diem, quod non statim in restitutionem venit: nempè priore casu filium unum tantùm quadrantem, sive legitimum, sive Trebellianum deducere; posteriore utrumque, legitimum statim, ut natura sibi debitum, Trebellianum, ut quemlibet extraneum & auctoritate senatusconsulti: quam distinctionem Bartolus in *l. quanquam 10. C. ad leg. Falc. & DD. comm. in l. 6. C. ad sen. Trebell.* secuti sunt, ut & Covar. *in d. c. Raynutius* Gail. *2. obs. 121.* & senatus Sabaudiæ apud Ant. Fab. *Cod. suo for. de codicil. defin. 7.* Rationem hanc afferunt, quòd duæ deductiones eodem tempore concurrere nequeunt, & ideò cùm fideicommissum purum est, una alterum impediat: cui & hanc addit Ant. Faber, non tamen ex sua, sed ex senatûs Sabaudici sententia, quòd eo casu dici non possit, utra prior deduci debeat. At cùm sub conditione vel in diem filius gravatus est, statim filius deducit legitimam: sed demùm existente conditione, aut veniente die, deducit Trebellianicam, non ut filius, sed ut quilibet hæres extraneus hæreditatem alteri restituere rogatus. Ego verò sæpè miratus sum hanc distinctionem cuiquam probare potuisse, quippè quæ nulla auctoritate & ratione tam futili nitatur. Quin potiùs ex contrario filio rogato purè hæreditatem restituere duplex permittenda detractio, quia duriùs gravatur, quàm rogato sub conditione aut in diem, qui interim commodum hæreditatis sentit, nec fructus quadranti senatusconsulti imputat, *l. 6. C. ad senat. Trebell.* Quamobrem rectè consilium Mechliniense in arresto revisionis, rejecta illa Glossæ & Bartoli distinctione, censuit liberos non minùs purè, quàm sub conditione aut in diem hæreditatem restituere rogatos utrumque commodum deducere posse juxtà *dd. cc. Raynutius & Raynaldus* in quam sententiam extat & arrestum præfecturæ Priensis apud And. Robertum *lib. 4. rer. jud. c. 17.* eamque & Curia Hollandiæ secuta est *decis. 17.* & Curia Frisiæ apud Sande *lib. 4. tit. 7. defin. 2.* De tertio quid statuendum sit adhuc minùs liquet. Equidem Baldus *lib. 2. cons. 94.* ex facto consultus respondit, ubi legitima portio pro numero liberorum est semis, non duplicem portionem, sed unam tantùm, nempè legitimam detrahi, adjectâ hâc ratione, ne plus ex hæreditate capiat, qui eam restituere jussus est, quàm is cui ea est restituenda, plus is qui gravatus est, quàm qui honoratus. Baldum secutus est Decius *consil. 228. sub fin.* item Covar. *in d. c. Raynutius §. 11. n. 6.* ubi ait & Molinæum huic sententiæ subscribere *lib. 7. cons. 3.* Sed & usu ita servari videtur innuere Anton. Faber *error. pragm. dec. 11. c. 9.* ubi asserit pragmaticos, sive legitima sit triens, sive semis pro numero liberorum, semper ita statuere, ut si quis ex liberis portionem, quam ab intestato habiturus esset, jussus sit restituere hæreditas æquis partibus inter hæredem gravatum & fideicommissarium dividi debeat. Atque ita quoque supremum apud nos senatum aliquandò judicasse accepi. Alii tamen contra statuunt, nempè liberos gravatos, quo casu legitima eorum semis est, deducere posse septuncem cum semuncia. Cravett. *cons. 54.* Cagnol. *add. Papin. 8. §. meminisse 14. ff. de inoff. test.* Thessaur. *decis. Pedemont. 252.* Joan. à Sande *decis. Frisic. lib. 4. tit. 7. decis. 7.* Fachin. *lib. 5. contr. cap. 3.* ubi & hanc sententiam communem asserit; uti & Grav. *de concl. 211. consid. 1. n. 2. & 3.* qui etiam plures allegat. Atque eo quoque inclinare videtur Christin. *vol. 1. decis. 245. n. 7. & decis. 315. in fin.* quanquam nihil definit. Et posterior hæc sententia probabilior est, sive verba sive rationem constitutionis Pontificiæ in *d. c. Raynutius* consideremus. Nam & sine ulla restrictione numeri liberorum gravatis duplicem detractionem concedit, legitimæ & Trebellianicæ: & ideò concedit, quia altera illis ut liberis debetur, alteram

etiam quilibet extraneus restitutione gravatus deducit. Nec magis absurdum est, v. c. quinque liberos nomine legitimæ plus detrahere, quàm quatuor aut pauciores, quàm absurdum est iis nomine legitimæ plus deberi; nec quinque liberos simul paulò plus, pro favore tam copiosæ sobolis, ex bonis parentum [illegible] quàm ex[illegible], cui restituenda hæreditas, Sunt, qui & ad parentes id jus producunt, ut & ipsis hæreditatem rogatis restituere, duas quartas detrahere liceat. Vid. Vasq. *tom.* 2. *de success. progress. lib.* 3. §. 21. *num.* 36. Grav. *d. concl.* 121. *consid.* 2. *n.* 6. sed cur igitur non etiam ad fratres idem producunt rogatos hæreditatem restituere turpi personæ: nam & illi exhæredati aut præteriti in hoc casu de inofficioso agere possunt? Vid. Cravett. *cons.* 10.

CAPUT XXX.

Utrùm fratrum filii, quandò soli sunt, in stirpes, an in capita succedant?

QUæstio hæc à multis tractata est; sed nescio an ab ullo ita, ut nihil amplius desideres, & qui scrupulum omnem penitùs exemerit. Jure veteri certum est fratrum filios in capita non in stirpes successisse; *l.* 1. §. 2. *de suis & leg. hær.* nec de hoc jure quicquam mutatum constitutionibus posteriorum Imperatorum, ac ne Justiniani quidem in codice *l. pen. & l. ult.* §. 3. *C. de legit. hæred.* §. *hoc etiam* 4. *Inst. de leg. agn.* Nec mirum quia & nunquam jure repræsentationis veniebant, ut cum thiis suis concurrent, aut patruos excluderent defuncti, ejusve fratres licet ex uno parente duntaxat conjunctos, ni prærogativa agnationis: non enim cognatis, sed agnatis proximis lege ferebatur hæreditas, *l.* 2. §. *legitima* 4. *ff. de suis & legit. hæred.* §. 1. *Inst. de leg. agn. succ.* quam agnationis prærogativam demùm penitùs sustulit Justinianus. *Nov.* 118. *c.* 4. undè sumptæ authenticæ; quas Irnerius *tit. C. de legit. hær.* inseruit. Eadem autem Justiniani constitutio causam dedit quæstioni, quam hoc loco tractandam suscepimus. Sic igitur ille in *c.* 3. *de Nov.* 118, tertium succedentium ab intestato ordinem, id est, lateralium, sublato veteri agnationis & cognationis discrimine, disponit.

Primum in hac successione locum obtinere vult fratres sororesque germanos sive ex utroque latere conjunctos, cum quibus tamen admittit & fratrum eorum defunctorum filios jure repræsentationis, ut tantam partem ferant, quantam pater eorum habiturus fuisset, quamvis soli sint, eos tamen vult præferri defuncti thiis, atque adeò fratribus ex uno tantùm latere defuncto conjunctis, [illegible] quondàm pater eorum [illegible] vixisset, non tantùm thios defuncti, sed etiam eosdem defuncti fratres tam consanguineos, quàm uterinos vi ejusdem constitutionis exclusisset. Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres consanguinei idem jus habent, quod germani, & ad patruos æquè ut ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet, nec non ad avunculos æquè ac ad filios sororum honoraria, *l.* 1. §. *antepen. & pen. l.* 2. §. 4. *de suis & leg. hær. l.* 1. §. *pen. ff. undè cog.* Post fratres germanos eorumque demortuorum filios ad hæreditatem vocat fratres defuncti ex altero tantùm parente conjunctos, consanguineos & uterinos, unàque cum his eorum præmortuorum filios in stirpes. Quòd si neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, tunc admittit collaterales cæteros, & tam ex uno latere, quàm ex utroque cognatione junctos. Quo autem quisque proximior est, ita alterum vult excludere: & si plures sint ejusdem gradûs, in capita familiam ercisci. Hinc, inquam, nata est proposita quæstio. Utrùm fratrum filii, quandò soli sunt, seu quandò non concurrunt cum thiis suis, id est, patruis aut avunculis, in stirpes succedere debeant, ut si unus è fratribus filios pauciores, unum fortè aut duos, alter plures, quatuor puta aut quinque reliquerit, hi quatuor aut quinque non majorem partem consequantur, quàm ille unus aut duo; an verò in capita, ut in tot partes hæreditas dividatur, quot sunt personæ succedentium? Azo censuit eos in capita succedere; Accursius in stirpes. Azonis sententia vi ipsâ unico tantùm defenditur argumento, nempè quòd ea & juri veteri & posterioribus quoque constitutionibus consentanea sit, nec ostendi possit Justinianum quicquam in casu proposito innovasse. Accursius eumque secuti priùs fatentur, posteriùs negant & in hac quoque parte jus vetus à Justiniano mutatum contendunt, moti variis rationibus. Sic enim illi primò argumentantur. Qui jure repræsentationis succedunt, non aliter succedere possunt, quàm in stirpes, cùm non ampliùs capere possint, quàm is cujus personam repræsentant, accepturus fuisset. §. *cùm filius* 6. *Inst. de hæred. quæ ab intest.* At filii fratrum succedunt jure repræsentationis: Ergò, &c. Qui partes Azonis tuentur, respondent falsam esse istius argumenti assumptionem; si in sensu diviso, quod hîc quæritur, accipiatur, id est, quandò fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianum in *d. cap.* 3. *Nov.* 118, eo tantùm casu filios fratrum jure repræsen-

tationis succedere velle, quando concurrunt cum thiis suis, quippe cùm hoc casu ex sua persona succedere non possint, quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, ne his injuria fieri videatur, jus repræsentationis introducendum fuisse ut in patris sui locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non sit, cùm soli reperiuntur, & propria ex persona succedere queant. Neque enim generaliter voluisse Justinianum, ut semper esset repræsentationi locus filiis fatrum succedentibus vel ex eo liquere, quod non statim idem jus constituit, cùm fratres succedunt unà cum parentibus, quod fecit demum. *Nov.* 127.

Secundò proferunt Accursiani exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedunt cum patruis suis, sive soli quasi post constitutionem Justiniani, eadem planè sit ratio filiorum fratrum, quæ nepotum & olim fuit & nunc est. Sed bene respondent sectatores Azonis, duas hasce species certo jure distinctas esse. In linea recta descendentium nunquam proximitatem spectari, §. *cum filius* & §. *ult. Inst. de hær. ab intest.* in linea transversâ perpetuo & solam, *Inst. de leg. agn. succ. in pr.* & *pr. Inst. de succ. cogn. l.* 3. *C. de leg. hær.* unde unum tantùm illum casum, nempè cùm fratrum filii cum thiis suis concurrunt, exceperit Justinianus. Denique & hoc vel maximè Accursius urget, quod fratrum filii excludunt defuncti patruos, & avunculos, qui eodem gradu sunt, *d. c.* 3. *vers. quandoquidem.* Cui argumento respondetur, quod etiam excludunt fratres ex uno tantùm latere conjunctos, qui uno gradu sunt proximiores: nec tamen inde sequatur eos hoc casu succedere jure repræsentationis, non magis quàm si quis dicat, filius & filia excludunt patrem & matrem, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure repræsentationis: aut frater ex utroque parente defuncto conjunctus præfertur fratri ex altero duntaxat conjuncto, qui tamen eodem gradu est; ergo jure repræsentationis succedit. Concludit igitur Azo fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant, exclusis iis qui eodem gradu, aut etiam proximiore sunt, si illorum jus sit potius: sicut ex constitutione Justiniani potius est jus filiorum fratris tanquam descendentem, quàm patruorum, qui instar sunt ascendentium, & jus fratrum germanorum, eorumque filiorum, propter duplex vinculum, quàm consanguineorum tantùm aut uterinorum. Hotom. *illust. quæst. c.* 14. Zas. *lib.* 1. *intellect. sing. c.* 7.

Atque hæc quidem ita pro defensione Azonis sententiæ, cui & ipse alibi acquiesco, non improbabiliter disputari videntur, sed vereor, ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sanè verbis *d. Nov.* 118. *c.* 3. Azonis opinio minus convenit. Postquam enim Justinianus fratrum germanorum filios unà cum fratribus germanis ad successionem defuncti admisisset jure repræsentationis, ut scilicet locum patris sui obtinerent, & tantùm consequerentur, quantùm pater eorum habiturus fuisset, mox subjicit, ὅθεν ἀκόλουθόν ἐστιν, unde consequens est, ut istorum fratrum filii fratribus ex uno tantùm latere defuncto conjunctis præponendi sint. Ex quo verò? ex eo nempè quod eos venire voluit ex persona patris sui. Huic enim consequens est ut fratribus defuncti consanguineis tantùm aut uterinis præferantur sicut pater eorum, si viveret, iisdem præponeretur, ut ipse Imperator ibidem ait. At inde, inquam ego, & hoc consequens est, sententiæ Justiniani conveniens, ut etsi defunctus nullos fratres germanos reliquit, sed horum filios duntaxat, fratresque uterinos aut consanguineos, isti fratrum germanorum filii hosce thios suos excludant non proprio aut proximitatis jure, sed repræsentationis: ac proinde non in capita, sed in stirpes hæreditatem dividere debeant. Præterea in *cap.* 3. *vers. quandoquidem igitur.* ait Justinianus ex eo quod filius fratrum tam ex uno quàm ex utroque latere conjunctorum talem prærogativam, τοῦτο προνόμιον dedit, manifestum esse eos etiam thiis defuncti præponendos esse, quamvis gradu paribus: unde iterum liquet, eos ne hoc quidem casu ex sua persona, quia sunt proximiores, thiis defuncti anteponi, sed ex persona patris sui, quem repræsentant, & cujus locum subeunt? ac proinde etiam hoc casu non in capita, sed in stirpes ex sententia Justiniani eos succedere necesse est. Etenim omnino hîc considerandum est, quod Justinianus, ut apparet ex tenore totius istius *c.* 13. *Nov.* 118. jus repræsentationis introduxit, non ad hoc solùm, ut filii fratrum possent concurrere & simul cum fratribus defuncti, à quibus alioqui jure proximitatis excluderentur, succedere; verum etiam ad excludendos alios, qui alioqui cum iis concurrerent, thios nimirum defuncti, qui pari sunt gradu, & alias obstarent, quominus illi soli jure proximitatis admitterentur. In fratrum autem germanorum filiis idem jus introductum, etiam ad excludendos eos, à quibus ipsi alioqui jure proximitatis excluderentur, fratres scilicet defuncti consanguineos & uterinos. Hujus enim rei non alia ratio reddi potest, quàm quod filii fratrum, citra hanc repræsentationis inductionem, neque cum fratribus defuncti concurrere, neque thios ejusdem excludere possunt: multòque minus fratrum, licet germanorum, filii fratres defuncti consangui-

neos aut uterinos; quippe qui uno gradu sunt proximiores. Nec verum est, quod contrariæ sententiæ auctores aiunt, fratrum germanorum filios ideo præponi fratribus defuncti ex uno tantùm parente conjunctos, qui propter duplex vinculum proximiores habentur: sed illud verùm est, propter duplex illud vinculum hoc beneficium iis datum esse, ut vicem patrum suorum sustineant, & jure repræsentationis, quamvis uno gradu sint remotiores, tales thios suos excludant. Similiter & illud, quod aiunt, successiones facilius descendere, quàm adscendere, si juris nostris rationem spectes, falsum est in linea transversa: neque hanc novi juris à se constituti rationem affert Justinianus; sed aliam, nempè quod voluit fratrum filios in locum patris sui succedere: quod etiam bene observavit Bachovius ad Treutl. *vol. 2. disput. 16. thes. 5.* & Ant. Faber. *in disp. forens.* quam subjecit libello *de var. nummar. debitor. solut.* Quamobrem ex sententia Justiniani sic omnino statuendum videtur, fratrum filios, sive cum iis, à quibus alias excluderentur, concurrant, sive vocentur ad exclusionem aliorum, qui alias cum iis concurrerent, aut eos ipsos excluderent, non alio jure ad hæreditatem admitti, quàm repræsentationis, nec in capita, sed in stirpes succedere. Quid verò, si defunctus nullos fratres aut thios reliquerit, sed fratrum filios duntaxat: Hic facilè admittam in capita eos succedere debere: quippe cum hic ex propria persona venire possit; ac proinde non indigeant privilegio. Est enim jus repræsentationis fictio quædam, quæ nunquam inducitur, nisi ex necessitate: quanquam ne hoc quidem concedant Ant. Faber & Bachovius. Et igitur, si isto, quem dixi, sensu quæstio proposita, utrùm fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes succedant, accipiatur, haud gravatè Azonis sententiæ subscribam: cùm utique circa hunc casum à Justiniano quicquam mutatum esse doceri non possit. Atque hæc Cujacii quoque sententia est *parat. C. de legit. hæred.* ubi negat exceptis tribus illis, quos diximus casibus, in linea collaterali repræsentationi locum esse, item Fachinæi *lib. 6. controv. cap. 3.* & Bronchorstii *cent. 3. assert. 69.* quæ etiam probata Senatui Sabaudiæ, teste Ant. Fab. *Cod. suo forens. de legit. hæred. defin. 1.* Et eodem modo fortè explicanda & limitanda constitutio Caroli Quinti, qua Azoni sententiam in comitiis Spirensibus confirmavit anno 1529. quod & Mynsingero visum arguunt, quæ scribit *cent. 3. obs. 94.* Postquam hæc scripseram, animadverti, & hanc Græcorum esse sententiam ex Harmen *lib. 5. tit. 8. num. 21.* ubi scribit: Si defuncto fratres non supersunt, sed filii fratrum duntaxat, præmortuis duobus aut tribus fratribus κατὰ πρόσωπον καὶ κεφαλὴν ὑ τα ο γενεσιν ἡ κληρονομία, τέτμησιν, ὅσοι εἰσὶ ἐξ ἴσου εἰς τὴν κληρονομίαν καλοῦνται. per capita & in singulas eorum personas hæreditas distribuitur, id est, quotquot sunt ex æquis portionibus ad hæreditatem vocantur. Quo jure in proposito nostrates utantur, cognosci poterit ex *Ordin. polit. & Placit. de success. ab intestato.* Grot. *lib. 2. introduct. c. 28.* Nobis in hisce quæstionibus propositum non fuit indicare semper, quid juris in quaque re legibus aut moribus nostris observetur: & hoc fortè aliis tædium afferret.

CAPUT XXXI.

An in successione fratrum consanguineorum & uterinorum, discretio bonorum observanda? Et obiter, an observanda in successione ascendentium?

DEficientibus intestato mortui liberis & parentibus, itemque fratribus ex utroque parente conjunctis, eorumque filiis, Justinianus ad hæreditatem ejus vocat fratres ex uno tantum latere junctos, consanguineos & uterinos. *Nov. 128. cap. 2. & 3.* qua constitutione ex parte quidem confirmat ea, quæ antea tum à Leone & Anthemio *l. 4. C. de bon. quæ lib. in pot.* tùm ab eo ipso *l. ult. C. de success. Nov. 84. ca. 1. §. 2.* sancita sunt circa prærogativam eorum, qui duplici vinculo defuncto nexi; sed ex parte etiam, & quidem maxima, mutat, admissis simul cum his, & primo quidem loco, parentibus defuncti proximis, quos antea excludebant; & ita admissis, ut illi quoque excludant fratres defuncti consanguineos & uterinos, à quibus ipsi antea excludebantur. Quæsitum autem est, utrum hi fratres defuncti consanguinei & uterini æqualiter in omnia bona defuncti fratris ex illa constitutione Justiniani succedant? an ita, ut consanguinei bona paterna, uterini bona materna consequantur, sola autem aliunde quæsita æqualiter inter eos dividantur? Communis sententia est, in hac successione bona à patre profecta ad fratres consanguineos, à matre profecta ad solos uterinos pervenire. Gomez *ad leg. Taur. 8. n. 8.* Grass. *§. successio. ab intestato. quæst. 32.* Forster. *lib. 8. de succ. ab int. ca. 8.* unde illud, quo nihil vulgatius, paterna paternis materna maternis deferri: quam sententiam etiam amplexi sunt Cujacius in *expos. Nov. 84.*

Don.

Don. *lib. 9. comm.* 4. Gudelin. 2. *de jur. noviss.* 15. Fundant autem hanc suam sententiam in *l. de emancipatis* 13. §. 2. *C. de leg. hæred.* Et sane negari non potest, quin Justinianus illic fratres omnes ad successionem fratris emancipati vocans excipiat bona materna, in quæ eos solos succedere vult, qui sunt ex eadem matre. Nam de solis fratribus germanis, ceu vult Fachin. *lib. 6. contr. c.* 5. id accipi consuetudo loquendi non patitur: nec argumentum ex hoc loco ductum diluitur, si dicamus illic agi de casu patris adhuc superstitis, quo propter usumfructum, quem pater habet, evidenter est bonorum distinctio. Illud enim nihilominus manet, ad bona à matre profecta solos ex illa constitutione vocari, qui sunt ex eadem matre, exclusis fratribus consanguineis, quod Novella Justiniani lege 118. *c.* 3. negant esse mutatum. Sed videamus, an hoc, quod dicunt, verum sit. Equidem decisio hujus quæstionis non ex legibus Codicis, sed ex novissima illa Justiniani constitutione petenda est. Et nos contra intrepidè asserimus etiam id, quod à Justiniano in *d. l. de emancipatis* §. 2. *C. de legit. hæred.* constitutum est, per *d. Nov.* 118. *c.* 3. esse abrogatùm. Nusquam magis variant leges & constitutiones præsertim posteriorum Principum, quàm citra jura successionum ab intestato, nec tantùm circa ordinem descendentium, verum etiam ascendentium & lateralium, uti videre est *Inst. de hæred. quæ ab int. def. item de leg. agn. success. de Senat. Tertull. & Orfic. & C. eod. l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de success. l.* 13. *& ll. seqq. C. de legit. hæred. Nov.* 84. *c.* 1. *&* 2. *&c.* Justinianus autem omnia illa priora jus circa hæreditates intestatorum, & suas quoque ipsius constitutiones jussit cessare, ἀργεῖν *d. Nov.* 118. *in pr.* eaque sola pro jure in posterum servari, quæ illic tandem de novo constituit. Relinquitur igitur, ut & ex eadem Novella quæstio proposita decidatur. Quod igitur illic constituit Justinianus: Primò, deficientibus defunctis liberis & parentibus, jubet fratres & sorores utrinque conjunctos, eorumque demortuorum filios per repræsentationem succedere in universa bona defuncti fratris. Post hos secundo loco vocat fratres ex uno tantùm parente conjunctos, sive per patrem, sive per matrem, & simpliciter item, ac sine ulla bonorum distinctione. Hac igitur constitutione abrogatur *l. ult. C. comm. de success. Novell.* 84. §. 1. *&* 2. *cum simil.* quippe cum illic parentibus excludantur non tantùm à fratribus defuncti ex eodem matrimonio procreatis, sed etiam progenitis ex alio: hìc autem illi cùm parentes amittantur duntaxat, hi etiam à parentibus excludantur, demum post parentes, quos antea excludebant, & post fratres germanos, in quo solo nihil mutatur de illarum constitutionum priorum jure, vocentur: & denique demum post fratrum germanorum filios, quibus ipsi ante hanc Justiniani Novellam præferebantur: In *l. de emancipatis* §. 2. *C. de pet. hæred.* quæ posterior est *d. l. ult. c. comm. de success.* non tractatur simpliciter talis casus, quo fratres sibi invicem succedunt, verùm quo succedunt fratri emancipato, concurrente patre defuncti quoad usumfructum: hoc casu, si emancipatus reliquerit bona materna, in ea solos eos succedere vult Justinianus, qui sunt ex eadem matre; cætera bona defuncti in totam fraternitatem cedere: cætera, inquam, præter materna, ac proinde tam ea, quæ à patre fortè profecta, quàm quæ aliunde: & cedere, inquam, tam iis, qui ex alio atque alio matrimonio procreati sunt, quàm qui ex eodem: nam sub tota fraternitate comprehendentur utique, & consanguinei & uterini. Quo colore igitur Interpretes ex hoc loco illud suum, paterna paternis, materna maternis, elicere potuerunt? Sed & illud ipsum, quo circa eam speciem Justinianus ibi constituit postea ab eo sublatum esse satis evidenter arguit *de Nov.* 118. *cap.* 2. *&* 3. *in pr.* ubi cùm post descendentes statim vocasset ascendentes defuncti proximos, & cum his simul ad hæreditatem admisisset fratres defuncti ex utroque latere junctos, mox deficientibus descendentibus & ascendentibus ex lateralibus primo loco vocat eosdem defuncti fratres germanos, ubi nulla bonorum distinctio est, & post hos secundo loco fratres ex uno duntaxat parente conjunctos, sive per patrem solum, sive per matrem. Ex eo autem, quod post fratres utrinque conjunctos simpliciter & jure proximitatis, vocantur ex uno tantùm latere juncti, consanguinei cum uterinis, rectè colligitur eos etiam similiter, ut illos, æqualiter in omnia bona defuncti fratris succedere debere, nec plus juris relinqui uterinis in bonis defuncti maternis, quàm ejusdem fratribus consanguineis; aut plus his, quàm illis, bonis profectis à patre. Atque hoc etiam efficit vera juris ratio, secundùm quam successio fit in universa defuncti bona, pariterque ad successionem vocati æqualiter defunctum repræsentant. Quando autem bona licet à diversis parentibus profecta, semel alicui obvenerunt, ut nunc fiunt, & simplex ejusdem patrimonium insuper habita causa acquisitionis. Quòd si bonorum origo & causa attenderetur, consequens & rationis esset, ut etiam consanguinei cum fratribus utrinque conjunctis eorumque filiis admitterentur ab bona

paterna; item ut in bonis maternis eodem modo cùm fratribus germanis eorumque filiis concurrerent uterini. Denique ut si, tantùm sint bona paterna, nulla materna, uterinus à consanguineo excluderetur: & ex adverso, si nulla paterna, consanguineus ab uterino: quippe in bonis, quæ ab uno latere provenerunt, si causam acquisitionis & originem bonorum, non ipsum jus successionis, & propinquitatem succedentium consideremus, nihil operari potest duplicitas vinculi. Et ita in feudis consanguineum ab utrinque conjuncto non excludi constat. Ita ex veteribus Fulgosius & Corneus in *auth. itaque C. comm. de success.* ex recentioribus Petrus Barbosa ad *l. post. dotem* 41. *num.* 2. *seqq. num.* 71. *ff. solut. matrim.* Andr. Fachinæus *lib.* 6. *contr. c.* 5. Bachovius ad *Treult. vol.* 2. *disp.* 16. *thes.* 4. Iisdem rationibus evincitur, nec in successione adscendentium ullam bonorum discretionem faciendam esse, sed ascendentes quoque diversæ lineæ, qui pares gradu sunt, æqualiter succedere in bonis defunctorum liberorum undecumque profectis, non inspecta scilicet casu acquirendi, sed sola persona ejus cui succeditur, ut rectè post veteres allegatos à Mynsingero *lib.* 6. *obs.* 55. *n.* 3. Barbosa, *d. loc. n.* 67. & Fachin. *d. lib.* 6. *c.* 4. docent: & consentiunt Forster. *lib.* 7. *c.* 4. *n.* 2. Graff. *§. successio ab intestato, quæst* 22. *num.* 5. quod mirum est, cum in quæstione modo tractata & huic planè simili à nobis dissentiant; sed hoc & ab aliis factum est. Frustra autem hic objici ur *l.* 3. *C. de bon. quæ lib.* quippe ubi hoc tantùm statuitur, ne nepoti defuncto sine liberis in proprietate succedat pater, avus usumfructum habeat, avus sc. paternus, non maternus. Hæc porro sententia meruit & assensum Cameræ Imperialis testibus Mynsing *ubi supra*, & Hart. Hartm. *pract. tit.* 42. *obs.* 3. & Senatus Sabaudici, teste Ant. Fabro *Cod. suo for. lib.* 6. *tit.* 33. *defin.* 2.

CAPUT XXXII.

An justa sit causa revocandæ donationis, si donator post factam donationem liberos susceperit.

MOrtis causa donatio temerè, hoc est, pro arbitrio donatoris, seu ex pœnitudine revocari potest, *§.* 1. *Inst. de donat. l. mortis* 16. *l. qui mortis* 30. *ff. de mort. caus. donat.* Mera autem & simplex donatio natura sua irrevocabilis est. Quod verò hanc etiam aliquando revocare licet, id fit ex accidenti & facto donatarii, pro beneficio injuriam rependentis, non ex intentione donantis: utpote, qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti, *l.* 1. *ff. de donat. l. ubi ita* 27. *ff. de mort. caus. donat.* quanquam tamen, si præscivisset donator donatarium ingratum fore, proculdubiò beneficio abstinuisset: unde ortum est etiam in hisce donationibus jus revocandi. Nec tamen ob quamlibet ingratitudinem donatarii revocatio permissa, sed ob insignem duntaxat, & talem quæ sceleri affinis sit aut conjuncta; nempè, si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; si illi impias intulerit manus; si vitæ ejus insidietur: si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris ingesserit; si conditiones donationi appositas implere nolit. Ob has enim causas duntaxat donationem revocari permisit Justin. in *l. ult. C. de revoc. don.* Additur tamen à DD. & alia causa revocandæ donationis, videlicet si donator, tempore donationis ἄπαις illiberis, post donationem factam liberos susceperit, *arg. l. si unquam* 8. *C. de revoc. donat.* Quamvis enim ista constitutio tantùm loquatur de patrono donatore, & liberto donatario, putant tamen quorumcumque donationes eodem illo jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur hoc potissimum argumento, quod quoties ratio legis generalis est, toties quoque ipsa legis dispositio generalis esse intelligitur: & assumunt pro vero generalem esse juris, quod in *d. l.* 8. *C. de revoc. don.* constituitur, rationem, nec magis ad donationem liberto, quàm cuilibet extraneo factam pertinere: rationem autem hanc esse, quod nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere voluisse, *arg. l. cum avus* 110. *ff. de cond. & demonstr. l. cum acutissimi* 30. *C. de fideicommiss.* Unde porro eliciunt donationem factam ab eo,

qui liberos non habet, in se continere tacitam conditionem, ut si liberi ei posteà nati fuerint, donatum ad se revertatur, quippe quem si de liberis cogitasset, donaturum non fuisse credi oporteat, Gomez, *lib. 2. var. resol. cap. 4. n.* 11. Clar. *§. donatio. quæst.* 226. Cujac. *lib.* 10. *obs.* 5. Myns. *lib.* 5. *obs.* 63. *& seq.* latè Tiraq. *in d. l. 8. C. de revoc. don.* Tuld. *in Cod. de revoc. don. num.* 3. Fachin. *lib. 3. contr. cap.* 85. quo jure & nos uti scribit Grot. *lib. 3 introduc. cap. 2.* adde Christin. *volum. 4. decis.* 192. Timæ. Fab. *disp. anniv.* 17. *thes.* 4. Sed procul dubio in puncto juris verior est sententia eorum, qui asserunt in solo patrono donatore & liberto donatario hanc revocandæ donationis speciem locum habere. Cur enim Imperatores, si idem in quibuslibet donatoribus & donatariis obtinere voluissent, patroni tantùm & non liberti mentionem faciunt? An quia ad consultationem partis rescribunt, quia fortè ex facto inciderat, ut de donatione à patrono facta quæreretur? Atqui hanc suam constitutionem non dirigunt ad consultorem aliquem, sed ad præfectum prætorio in forma edicti perpetui, hunc in modum: *Si unquam libertis patronus filios non habens, &c.* Quòd si in quolibet donatore idem obtinere voluissent, uno saltem verbo id indicassent, aut utique ita scripsissent, *Si quis liberos non habens alicui bona omnia vel partem donaverit, &c.* Itaque constitutio hæc, quæ singulare jus continet, *l. sicut 5. C. de oblig. & act.* & contra regulam de donationibus semel perfectis non revocandis exceptionem inducit, extrà terminos non est extendenda. Multa in liberto sunt singularia, quæ constat ad alios trahi non posse: quippe qui propter inæstimabile libertatis beneficium nihil non patrono debet, non modò honorem omnem & reverentiam, sed etiam obsequia & operas, *ff. de obseq. par. & patr. præst. & ff. de op. libert.* qui patronum egentem, liberosque patroni de suo alere tenetur, *l. si quis 5. §. solent. 12. ff. de agnosc. & alend. lib.* qui moriens certis conditionibus bona sua patrono debet relinquere, & cujus intestati bona certis item conditionibus ad patronum liberosque ejus redeunt. *Inst. de success. libert.* quem eamdem ob causam etiam multa æquo animo ferre oportet, quæ licet cum incommodo ejus, favore patroni constituta sunt, *§. 1. Inst. qui & ex quib. caus. man. §. 1. Inst. de hæred. qual.* & iniquum esset constitui in aliis. Undè etiam est, quòd vel neglectus obsequi in liberto donatario sufficiens causa sit donationis in eum à patrono collatæ revocandæ, *l. 1. C. de revoc. donat.* Cùm itaque qualitas ipsa personæ donatoris & donatarii sit præcipua causa hujus revocationis, non soli aut per se liberi à donatore postea suscepti, quis non videt propter eamdem constitutionem personæ in liberto donatario duntaxat hanc præsumptionem valere Principes voluisse, ut eâdem mente ille, eâdemque lege accipere intelligeretur, quâ patronus pro affectu donare; nimirùm ut natis posteà patrono liberis donata reddat: in aliis verò valere jus commune, quo propositum in mente retentum nihil operatur. Nam quoties lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum est legem ad alias personas non pertinere, *l. si verò 64. §. pen. ff. solut. matrim. l. quod constitutum 21. ff. de testam. mil.* Et illud utique palàm est, jure communi non sufficere ad revocationem donationis, quod fortè in unius animo aliquid præsumatur, cùm utriusque consensu perficiatur donatio, nec nobis liceat citrà legum auctoritatem tacitas fingere conventiones, nec conjecturas sectari, ubi verba legis aperta sunt ac clara, & sensum minimè absurdum habent. Perperam verò ad præsentem casum trahitur, quod pro ratione decisionis in specie dispositionis ultimæ proposita in *l. cùm acutissimi 30. C. de fideicommiss. d. l.* affert Justinianus, neminem scilicet præsumi alienas successiones propriis anteferre. Nam decisio *l. cùm acutissimi* tantùm locum habet in testatore fideicommisso gravante unum ex progenie sua; cujus porrò posteri & ipsi sint in familia testatoris, quod quomodò ad nostrum casum, ubi aliquis liberos non habens in extraneum absolutè & perfectè donationem contulit, applicari queat, non video. Et alioqui pari ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda esset ei, qui cùm fortè unum duntaxat filium haberet, partem facultatum alicui donavit, & posteà eo mortuo, aut vivo adhuc plures liberos suscepit. Cui adde, quod dispositiones ultimæ ex solius testatoris mente interpretationem accipiunt, & pro ejus solius arbitrio constituuntur, sustinentur & revocantur, *l. in conditionibus 19. ff. de cond. & dem. l. ex facto 35. §. rerum 3. ff. de hæred. inst. l. si mihi 12. in fin. ff. de legat. 1.* secùs atque actus inter vivos, in quibus omnium voluntas spectanda, nec pœnitentia admittitur, *l. non solùm 31. ff. de oblig. & act. l. sicut. 5. C. eod.* & in quibus contra eum fieri solet interpretatio, cui liberum fuit re integrâ apertè loqui, & legem, quam vellet, claris verbis exprimere *l. veteribus 39. ff. de pact. l. quidquid. ff. de verb. oblig.* cum similib. Similiter nostro casui adaptari nequit, quod Papinianus in *l. cùm avus 102. ff. de cond. & demonstr.* cùm speciem proposuisset, ubi testator à nepote, quem ex parte hæredem instituit, petiit ut post mortem hæreditatem restitueret patruo suo, respondet nepote liberis relictis, mortuo defecisse conditionem

fideicommissi, ductus conjecturâ pietatis, ut ipse ait; nam conjectura illa pietatis ex eo ducitur, quòd non videatur avus nepotem gravare voluisse in eum casum, quo liberi nepoti nascerentur, eò quòd pietas suadeat, ut liberis potiùs relinquatur hæreditas, quàm aliis utcumque testatoris defuncto conjunctis (nam in casu *d. l. cùm avus*, rogatus est nepos hæreditatem restituere testatori filio) nec credendum sit avum pro nepote id consilium cepisse, quod ipse cepisse nonnisi impiè capturus erat, ut rectè Ant. Faber *l. 7. conject.* 14. Hoc vero longè diversum est à casu, quem hîc tractamus, ubi quis in extraneum purè & absolutè quid transtulit, qui nec ex liberis donatoris est, nec de re donata reddenda absque expressa conventione obligari potuit. Quibus & illud accedit, quod *d.l. si unq.* non tantùm locum habet si omnia bona, sed etiam si pars aliqua eorum donata sit. Est verò absurdissimum ob liberos donatori posteà natos donationem partis alicujus bonorum cuicumque & à quocumque factam revocari; quippe quo admisso nemo nisi liberos habens purè & planè donare intelligeretur. Huc item facit, quòd bona, quæ propter agnationem liberorum donator revocavit, non liberis acquiruntur, sed pleno jure revertuntur ad patrem donatorem *d. l. si unq.* qui proinde de iis jam iterùm liberè disponere potest, & salva saltem liberorum legitima, ea omnia unà cùm cæteris bonis in quoscumque velit conferre, *l. 1. l. 2. & tot. tit. C. de inoff. donat.* Atque ita, quo nihil dici potest absurdius, posteriores illi potiores erunt & præferentur ei, in quem jam anteà earum rerum dominium plenè & absolutè translatum erat, atque huic eripietur, quod donetur alteri: quod vel solùm argumento esse potest, qualitatem ipsam personæ donatoris & conditionem donatarii præcipuam esse hujus revocationis causam. Ex hoc porrò simul concidunt objectiones sumptæ à miseratione liberorum, & injuria quæ aliàs eis fieret. Nam ad injuriam illam vindicandam proditum est liberis jure communi remedium, quo patre mortuo donatio immodica revocetur, querela scilicet inofficiosæ donationis, *tit. C. de inoff. donat.* Et ipse quoque pater eam revocare potest, quatenùs debitum liberis bonorum subsidium excedit, *l. si totas 5. C. eod. tit.* Aliud remedium frustrà quæsieris. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos posteà natos, tanquam ex causa generali loquatur, ac ne apud Justinianum quidem, qui cùm liberorum jura ubique non servaverit modò, sed etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset; certè ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, id omissurus non fuerat. Quid quod & Canones huic nostræ interpretationi consentiunt, *c. ult. ca. 17. q. 4.* ubi Divus Augustinus laudans factum sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quòd reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat: *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli.* Respondet Fachinæus *d. lib. 3. c. 86.* Constantinum non potuisse ligare Ecclesiam: quasi verò res Ecclesiæ exleges fuerint. Posset fortè huic responsioni species aliqua prætexi, si Augustinus de Romana locutus fuisset: quia jam tum scilicet à Constantino facta erat Sylvestro Episcopo Romano prodigiosa illa donatio, quæ memoratur, *lib. decretor. distinct. 96.* Postremò de solis patronis donatoribus & libertis donatariis, eodem nempe, quo nos modo, constitutionem Constantini, quæ tertia est in Codice Theodosiano, *tit. de revoc. donat.* & eadem cum illa octava in Codice Justinianeo *eod. tit.* interpretatus est Anianus, qui tempore Alarici Regis floruit, centum & quod excurrit, annis ante Imperium Justiniani: eoque modo eamdem constitutionem accepit Harmenop. *lib. 3. tit. 2.* item Azo *in summ.* & plerique Neotericorum, Connan. *lib. 5. comm. c. 10.* Ant. Fab. *lib. 7. conject. c. 14. & 15.* Donell. *ad d. l. si unquam*, Bachov. *ad Treutl. disp. de donat. thes. 7. lit.* E. Coras. *lib. 7. miscell. c. 30.* Hotom. *lib. 1. respons. amic. c. 12.* ubi levicula quædam removet, quæ à Cujacio objiciuntur ex *l. cùm tale 72. §. 1. ff. de cond. & demonstr. & l. 1. C. de revoc. donat.* quasi quæ ibi constituuntur de liberto, etiam in extraneis locum habeant, quod cum Accursio & aliis negat Hotomannus. Sed sit ita, quædam, quæ in liberto valent, etiam locum habeant in non liberto; indè tamen non efficitur etiam in quæstione proposita eamdem liberti & extranei rationem esse, cùm in plerisque aliis sit longè diversa, & quod hîc contra tenorem juris communis introductum est, in persona donatoris patroni non debeat produci ad consequentias, *l. quod vero 14. & l. seq. ff. de legib.*

CAPUT XXXIII.

An per querelam inofficiosæ donationis tota revocetur donatio?

QUerela inofficiosæ donationis species quædam est revocationis donationis factæ inter vivos, comparatâ confirmandæ querelæ inofficiosi testamenti gratiâ, ad quam eludendam donationes inofficiosæ instructæ sunt, *l.* 1. *l. si mater* 7. *C. de inof. donat.* Nimirùm exhausto immodicâ donatione patrimonio quærela inofficiosi testamenti eluditur legitima portio iis, quibus debetur, intervertitur, sive donator eos hæredes instituat; sive intestatus decedat: nihil enim his relinquitur præter nudum nomen hæredum: nec querela datur nisi præteritis aut hæredatis *pr. Inst. de inoff. testam.* Sed & si alium hæredem donator instituat, querelam tamen inutilem facit inofficiosa donatio, ut ne sic quidem præteriti aut exhæredati quicquam consequantur præter nomen inane hæredum, *l.* 3. *C. eod. tit.* Atque hinc est quod inofficiosæ donationes instructæ dicuntur ad querelam inofficiosi testamenti eludendam, excludendam, intervertendam, *l.* 1. *l. si mater* 7. *eod. l. Titia* 87. *§. Imperator.* 3. *ff. de legat.* 2. Cùm igitur inofficiosæ donationes excogitatæ essent ad portionem legitimam iis, quibus ea debetur, intervertendam; huic fraudi occursum est opportuno remedio, quo immodicæ hujusmodi donationes revocarentur, constitutâ in eam rem querelâ inofficiosæ donationis ad exemplum & similitudinem querelæ inofficiosi testamenti. Quatenùs autem donatio hæc revocetur, in totumne, an quatenùs legitimam liberorum minuit, haud ita in promptu est dicere. Nam cùm ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti hæc revocatio introducta sit, consentaneum videtur, ut quemadmodùm per querelam inofficiosi tota rescinditur institutio, sic quoque per hanc querelam tota revocetur donatio. Omnes autem ferè leges subjectæ titulo, *C. de inoff. donat.* hanc comparationem continent. Est quidem inter illa duo hæc differentia, quod querela inofficiosi testamenti impugnatur ultima dispositio, & injuria exhæredationis vindicatur: hâc autem quærelâ revocatur contractus inter duos initus & perfectus: idque ab ipsis hæredibus, quamvis solo nomine: sed hoc parùm ad rem præsentem facere videri potest, cùm in *l. ult. C. eod. tit.* Imperatores dicant non dubitandum esse, quin immodicarum donationum omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta, ut sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis æstimanda, vel idem & temporibus & moribus. Afferuntur pro hac sententia & loci nonnulli aliundè petiti, præsertim ab Ant. Fab. *lib.* 3. *conject.* 17. Et primùm quod apud Ulpianum *l. libertus* 16. *ff. de jur. patron.* legimus, si libertus se minorem centenario in fraudem legis fecerit in totum non valere, quod actum est: undè colligunt etiam donationem inofficiosam, quæ & ipsa in fraudem legis fit, in totum non valere aut revocari. 2. *l. cùm res* 4. *C. de contr. empt.* ubi cùm mulier omnia bona sua donasset Luciano, eâque defunctâ, relicto filio, Lucianus bona sibi donata & tradita emisset à filio hærede donatricis, aiunt Imperatores hanc emptionem prodesse posse Luciano ad defensionem, ne (*filius*) *exemplo inofficiosi testamenti possit hæc avocare*, quæ verba videntur manifestè ostendere filium immodicam donationem à matre factam in solidum revocare. Nam pronomen illud, *hæc*, non alio referri potest, quàm ad illa antecedentia, *omnia bona tibi ab eo donata.* Cæterùm hæc ad decisionem hujus quæstionis non satis momenti habent. Nam dici potest comparationem illam utriusque querelæ non absolutè, sed secundùm quid accipiendam esse, quatenùs scilicet una & similis utriusque causa est, eademque temporibus & moribus, cùm utraque quinquennio finiatur, & excludatur exceptione ingratitudinis: & verba hæc *l. ult. C. de inoff. donat. omnique querelâ ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus introductâ*, commodè sic accipiuntur: omnibus scilicet legibus, quæ de hac querela disposuerunt, vel pro omnibus, quibus concessa querela inofficiosi testamenti: ut illud discrimen adhuc maneat, quòd licet testamentum inofficiosum in totum rescindatur; immodica tamen donatio pro parte duntaxat: idque hâc ratione, quia testamentum inofficiosum privat liberos hæreditate, quæ tacitâ quâdam lege naturæ liberis debetur, at donatio inofficiosa non facit, quominùs iidem donatori hæredes sint, qui sine donatione futuri erant, *l.* 4. *C. de contr. empt.* sed ut qui erunt tantùm non percipiant, quantùm donatione non factâ omni jure habituri essent, puta portionem saltem legitimam.

Sed & comparatio inofficiosæ donationis, & donationis factæ à liberto in fraudem legis & patroni dici potest claudicare. Utramque quidem in fraudem legis fieri, sed illam liberti in totum, quia libertus donando se minorem fa-

ciens centenario, facit omni ex parte in fraudem legis, *d. l. si libertus* 16. *ff. de jur. patron.* Inofficiosam autem donationem hactenùs, quatenùs dodrantem aut bessem (ut hodiè) excedit, in reliquum fieri, lege permittente. Illam liberti ipso jure non valere, *d. l. si libertus*, hanc etiam, qua parte inofficiosa est ipso jure valere ab initio, sed institutâ querelâ, quatenùs inofficiosa est, rescindi *tot. tit. C. de inoff. donat.* Ad decisionem quoque quæstionis propositæ non multùm facit *d. l.* 4. *C. de contr. empt.* quoniam ibi alia quæstio principaliter tractatur, nec est necesse, ut propter id, quod in fine constitutionis dicitur, filium non posse hæc avocare, dicamus aliàs eum bona omnia, quæ donata sunt, posse avocare. Constat rescripti sententia, si aliàs quædam avocare potuisset: nec verba respuunt hanc interpretationem, quòd scil. hoc sentiunt Imp. usque ad eam partem, quam aliàs avocare posset filius, Luciano emptionem prodesse, nempè ut ex emptionis causa etiam trientem retinere possit, quem ex causa donationis retinere non poterat. Majorem speciem habet, quòd Alexandrum Imperatorem Claudiano Juliano rescripsisse Paulus in *l. Titia Sejo* 87. §. 3. *de legat.* 2. memorat, donationem totius patrimonii in unum ex duobus liberis collatam pro dimidia parte revocari, quod non nisi de dimidia totius quod donatum est, capi posse videtur, cui consequens est, si in extraneum talis donatio conferatur, eam revocari in solidum.

Sed tamen ego huic sententiæ acquiescere non possum. & magis puto ex causa inofficiosæ donationis non totum revocari quod donatum est, sed pro ea tantùm parte, pro qua donatio est inofficiosa, modum scilicet legitimum excedens, & quartam iis, quibus debetur, adimens. Non una me eo impellit aut ratio aut auctoritas. Nam primò, quoties lex ad certum modum aliquid permittit, si hic modus excedatur, non totum infirmatur quod gestum est, sed quod illicitè gestum est duntaxat, *l. placuit* 29. *ff. de usur. l. sancimus* 34. *C. de donat.* Et quid notius regulâ, utile per inutile non vitiari, *l.* 1. §. *sed si mihi* 5. *ff. de verb. oblig. C. utile, de reg. jur. in* 6. 2. Quia aliàs in casu donationis omnium bonorum, aut ejusmodi partis, quæ legitimam minuat, supervacanea esset constitutio, *l. si unquam* 8. *C. de revoc. donat.* quoniam certum est jure veteri liberis sive tempore donationis jam natis, sive posteà editis hanc querelam competiisse. 3. Probatur hæc sententia textu expresso in *l.* 2. *C. de inoff. donat.* ubi donatio immensa in filium in potestate constitutum collata hactenùs revocari dicitur; ut officio arbitri familiæ erciscundæ quarta pars debitæ ab intestato portionis sorori ejus præstetur incolumis. Respondet Ant. Faber, vim oppositionis duorum casuum, quorum uno donatio in filiumfam. collata, altero in emancipatum, in hoc sitam esse, quòd priore casu legitima tantùm, posteriore totum revocetur. Sed hoc prorsùs commentitium est, vel quia priore potiùs casu donatio ex ratione juris nulla & invalida in solidum revocanda erat: vel potiùs quia ut ex ipso textu apparet, in hoc oppositio consistit, quòd priore casu remedio ordinario, posteriore extraordinario querela inofficiosæ donationis revocetur: utroque autem casu usque ad legitimam. 4. Per *l. si totas* 4. *C. eod. tit.* ubi dicitur ex donatione immensa detrahi, quod necesse est relinqui liberis non ingratis ad submovendam inofficiosi querelam. Respondet Ant. Faber, donatorem ibi tempore donationis alios liberos non habuisse, eoque initio inspecto donationem non fuisse inofficiosam. Quid tum posteà? Nonne satis est donationem posteà propter alios liberos susceptos inofficiosam fieri, ut liberi queri possint? De cujus querelæ natura si est ut donatio in solidum revocetur, etiam hoc casu eumdem effectum habere debet. 5. Huc accedit textus in *l. si mater* 7. *C. eod.* ubi Imperatoris non totum, quod gestum est, revocari aiunt, sed disertis verbis, quod immoderatè gestum est. Respondet Ant. Faber, totum revocari quod immoderatè gestum est, non quatenùs immoderatè gestum est: quod est apertum σοφισμα meraque cavillatio. Ex hoc autem loco petenda est & explicatio, *l. Titia Sejo* 87. §. 3. *ff. de legat.* 2. ubi eadem planè species proponitur, & dicitur, quæ in hac *l. si mater*, excepto eo, quod illic avia in unum è duobus nepotibus totum patrimonium suum effudisse proponitur, hîc mater in unum è duobus filiis. Igitur quemamodùm hîc non dimidium totius quod donatum est, sed dimidium ejus quod illicitè donatum est revocatur, vel, ut hoc apertiùs Imperatores in *d. l. si mater.* explicat, dimidium quartæ partis, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversùs agentem sufficeret: ita etiam illic nempe in *d. l. Titia Sejo* §. 3. dimidiam partem accipere debemus, partem dimidiam ejus quod immoderatè gestum est, non omnium bonorum, sed portionis legitimæ, utrique scilicet debitæ: eoque facit & *Novell.* 92. cujus speciem ex Harmenopulo ponit Cujacius, *lib.* 5. *obs.* 14. 6. Facit huc optimus textus in *l. si liqueat* 8. *in fin. pr. C. de revocat. donat.* ubi expressè dicitur, pro ratione quartæ, quod donatum est, diminui. Respondet Ant. Faber, intelligi ibi quartam non legitimam, sed quartam ab intestato debitam, fingitque in casu illic proposito matrem quatuor reliquisse li-

beros: quod vix confutatione indiget. Quid autem ibidem addunt Imperatores, *ad instar inofficiosi testamenti convicti*. Illa comparatio non ad quantitatem, quæ revocetur, sed ad jus revocandi pertinet. 7. Idem evincitur ex *l. un. C. de inoff. dot.* ubi itidem ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti dicitur liberis adversus dotem immodicam actionem dari, ut iis emolumenta debita conferantur. Emolumenta debita sunt illud ipsum, quod sine *l. 5. C. de revoc. donat.* appellatur debitum bonorum subsidium. Non me latet plerosque ita distinguere, ut si in extraneos collata sit donatio cum consilio fraudandi, tunc tota revocetur: si sine consilio fraudandi, pro parte tantùm: si in aliquem ex liberis, indistinctè pro parte duntaxat; eamque distinctionem judiciis & consuetudine publica probari, testibus Sichar *in l. 1. num. 4. C. de inoff. donat.* Gomez. *2. var. resolut. 4. num. 13.* Covar. *pract. quæst. 19. n. 12.* Cæterùm juri scripto consentaneam non esse patet ex *d. l. 1.* ubi extranei & liberi eodem jure censentur. Nec verò persona accipientis donationem inofficiosam facit, sed profusa liberalitas: nec refert eventum tantùm donatio, an & consilium fraudandi habuerit. *d. l. 1. l. 7. C. eod.*

CAPUT XXXIV.

An pro mortis causa donatio haberi debeat, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo modo revocaturum donationem?

MOrtis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem: veluti cùm quid metu mortis vel ex presenti vel ex futuro periculo donatur; puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, si iturus in militiam, si pestis grassetur, &c. *l. 2. & aliquot seqq. l. senatus 35. §. mortis 4. ff. de mort. caus. donat.* Cæterùm an propter mortis suspicionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est: nec enim sufficit ad hanc donationem à moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaraverit, se ob metum propinquæ mortis donasse: alioqui non tamen mortis causa, quàm moriens donasse censetur, *l. Seja 42. §. in fin. ff. de mort. caus. donat.* Quin etiam extra suspicionem alicujus periculi, & à sano atque in bona valetudine constituto mortis causa rectè donatur sola cogitatione mortalitatis, *d. l. 2. & d. l. senatus §. 4.* Sed itidem verbis hoc declarandum est, ne alias donatio pro pura & simplici debeatur. In omni autem mortis causâ donatione, qui donat, se primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quàm dedisse mavult: & ut verbo dicam, se potius habere vult quàm eum, cui donat, illum deinde potius, quàm hæredem suum *l. 1. d. l. senatus §. 2. eod.* Atque hæc ratio, cur hanc donationem revocare liceat, secus atque donationem inter vivos: quippe in qua qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum, quem se habere mavult. Tribus autem casibus mortis causa donatio fit irrita aut revocari potest, duobus ex parte donantis, pœnitentia & periculi, cujus intuitu donatio facta, sublatione: uno ex parte donatarii, si is ante donatorem moriatur, *l. mortis causa 19. l. si mortis 29. & l. seq. ff. eod. §. 1. Inst. de donat. l. non omnis 16. ff. de reb. cred.* quanquam conventione effici potest, ut ne revocetur omnibus istis casibus, *l. si alien. 13. in fin. ff. de mort. ca. donat.* Illud autem quæsitum est, an & illa donatio pro mortis causa donatione habenda sit, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo casu aut modo donationem revocaturum. Et magis est, ut ea non pro donatione mortis causa, sed pro donatione inter vivos habenda sit: quod & communiter placuit Bart. *post Gloss. in l. ubi ita donatur 7. ff. eod.* Clar. *§. donatio quæst. 4.* Gomez, *lib. 2. var. resol. 3. num. 12.* Schneid. *in §. 1. Inst. de donat. n. 3. & 4.* Fachin. *lib. 5. c. 23.* Tulden. *C. de mort. caus. donat. n. 3.* Perez. *ibid. num. 12.* Bachov. *ad Treult. vol. 1. disp. 19. thes.* Etenim cùm ex sententia Juliani relata & probata ab Ulpiano in *l. 2. ff. eod.* ex mortis causa donatione vel non statim transeat dominium, vel transeat sub tacita conditione, ut scilicet non ante pro perfecta habeatur, quàm mors fuerit insecuta, *l. non videtur 32. ff. eodem.* mortis causa donatio dici non potest, per quam purè & absolutè omnique jure revocandi excluso dominium transfertur. Deinde cùm in omni donatione mortis causa, donator se primum cogitet, & ipse rem habere malit, quàm donatarium, *l. 1. l. senatus 35. §. 2. ff. eodem.* mortis causa donationi non potest adscribi illud genus, in quo donator solum spectat donatarium, & illum potius, quàm se habere vult. Nam cui non competit definitio, ei nec definitum competere potest. Unde etiam plus quàm manifestum est, hic deficere partem aliquam donationis causa mortis substantialem, & ideo in aliam donationis speciem rem transire, quidquid in contrarium disputet Ant. Faber, *decis. 45. err. 1.* Imo nec potest ullo modo videri mortis causa, id est, propter

mortem & periculum imminens donatum esse, cujus revocandi facultatem omnem sibi donator ademit. Et hoc est, quod Marcianus responso suo significat in *l. ubi. ita* 27. *ff. eod.* cum ait: *Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quàm mortis causa donatio: & ideo perinde haberi debet, atque alia vis inter vivos donatio.* Ait, *causa donationis magis est, quàm mortis causa donatio*: id est, in ejusmodi donatione mors est potius causa impulsiva & occasio donandi, quàm causa finalis, seu τὸ οὗ ἕνεκα. Unde infert perinde eam haberi debere, atque aliam quamvis donationem inter vivos: quæ verba apertè ostendunt, Marcianum hanc quoque donationem pro specie donationis inter vivos agnoscere. Denique, quia talis donatio, ut & cæteræ inter vivos, nullam similitudinem cum legatis habet, §. 1. *Inst. de donat.* hinc porro infert, nec inter virum & uxorem eam valere, nec Falcidiam pati: quod utrumque in donatione mortis causa secus se habet, *l. 9. in fin. cum l. seq. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. 5. C. ad leg. Falcid. l. 2. C. de don. mort. caus.* Frustra autem huic sententiæ objicitur *l. si in alienam* 13. §. 1. *ff. de mort. caus. donat.* ubi Marcellus notat in mortis causa donationibus etiam facti quæstiones esse: posse sic donari, ut omnimodè ex ea valetudine donare mortuo res non reddatur; & ut reddatur, etiam si prior ex eadem valetudine donator decesserit, si jam mutata voluntate restitui sibi voluerit. Sed & sic posse, ut non aliter reddatur quàm si prior ille, qui accepit, decesserit: denique sic quoque posse, ut nullo casu sit ejus repetitio, id est, nec si convaluerit quidem donator, quod totidem & iisdem verbis etiam apud Paulum relatum est, *l. senatus* 35. §. 4. *ff. eod.* Nam Jurisconsulti illic proponunt diversos casus, quibus propter mortem vel donantis vel donatarii pro varietate legis adjectæ, revocetur aut non revocetur mortis causa donatio secus atque si nulla lex adjecta fuisset, salvo tamen hic manente jure revocandi ex pœnitentia. Aliquis enim saltem casus manere debet, quo revocari hæc donatio possit, & dici donatorem se habere maluisse, quàm eum, qui donavit, in quo substantia hujus donationis consistit. Quid verò respondebimus ad *Nov.* 87. *in præf. & c.* 1. Justiniani esse nemo, qui eam legerit, inficiabitur. Et ideo nolim dicere vix esse, ut ea in foro decisionem causæ allegari possit: quanquam à recentioribus inserta est. Sed respondemus ex toto tenore tum præfationis, tum *d. c.* 1. *d. Novell.* 87. satis clarè apparere Imperatorem loqui de renunciatione revocationis non indefinita aut absoluta ex omni causa, sed ex una duntaxat, nempè ex causa pœnitentiæ. Relinquitur itaque ut ex aliis causis adhuc revocari queat, puta ob remotionem periculi, cujus contemplatione donatio facta, aut si durante adhuc periculo præmoriatur donatarius. Nos autem hîc disputamus, cujus generis donatio habenda sit, cum quia mortis causa se donare dicit ea lege simpliciter & absolutè abjecta, ut nullo casu revocetur. Cujusmodi donationem dicimus annumerandam esse donationibus inter vivos: mortis autem causa donationem non esse nisi κατὰ τὸ λέγεσθαι.

CAPUT XXXV.

An dissensio in causis dandi & accipiendi impediat dominii translationem?

NIhil tam conveniens est æquitati naturali quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, *l. qua ratione* 9. §. 3. *ff. de acq. rer. dom.* §. *per traditionem* 40. *Inst. de rer. divis.* quippe cum suæ quisque rei moderator sit & arbiter, *l. in re* 21. *C. mandat.* Cæterùm, ut quis velle rem suam in alium transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent, primùm, ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat: deinde, ut justam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promisit, &c. Prius ideo desideratur, quia nemo, qui errans in dominio rei suæ, suam esse ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo est, ut eam transferat, *l. si procurator* 35. *ff. de acq. rer. dom.* & arg. *l. si per errorem* 15. *ff. de jurisdict.* Aio in dominio rei suæ: nam si quis non erret in re sua, in ea de qua transferenda agitur, sed in re alia, puta in causa debendi, hic error alienationi non obstat: ac propterea indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est. Alterum ideo necessarium, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli. *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut alia justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur l. nunquam.* 31. *ff. de acq rer. dom.* Nec dicat quisquam hoc requiri superfluè, cùm si nulla causa adsit, præsumi debet donatio, arg. *l. Campanus* 47. *ff. de opert. liber.* quoniam hoc tunc solummodò locum habet, cùm res consulto data est, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. jur.* Illud non refert revera præcesserit causa, an opinione tradentis, veluti si indebitum per errorem tanquam ex justa causa debitum solutum sit.

Sed

Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam, tu ex alia accipias; an hæc in causis tradendi & accipiendi dissensio obstet, quominus dominium transferatur. Et si quidem vel in tradente nulla sit causa dominii transferendi, vel in accipiente nulla nanciscendi, nemo dixerit dominium transferri: verbi causa, si ego deponam apud te pecuniam, tu quasi mutuam accipias: aut è converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuam, tu quasi commodatam accipias ostentandi causa; hic, inquam, certum est dominium non transferri, quoniam non concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus, *l. in omnibus* 55. *ff. de oblig. & act.* Ac talis species est, quæ proponitur ab Ulpiano in *l. si ego pecuniam* 18. §. 1. *ff. de reb. cred.*

Nihil ibi dicit Jurisconsultus de nummorum dominio aut de extantium in his causis repetitione, quia ea res expediti juris est, nempè extantes nummos posse vindicari; propterea quod eorum dominium translatum non est, *l. rogasti* 11. §. *ult. ff. d. tit.* §. *ult. Institut. quib. alien. lic.* sed quia de consumptis dubitari poterat, respondeo eo casu locum esse condictioni, non vindicationi: & rectè, cùm in neutra superiore specie contingat, ut is à quo repetuntur, aut possideat nummos consumptos, aut dolo malo desierit possidere. Nunquam autem actione in rem tenetur, qui non possidet, si sine dolo desiit possidere, *l. qui petitorio* 36. *ff. de rei vind.* Intelligit autem haud dubiè conditionem sine causa, cùm nullum negotium inter tam apertè dissentientes contrahi manifestum sit. Addit Jurisconsultus *sine doli exceptione*, respiciens nimirum ad speciem initio *d. l. si ego pecuniam*, propositam, ubi nummis consumptis ita condictione teneri dixit accipientem, ut tamen doli exceptione se tueri queat; eo quòd secundùm voluntatem dantis consumpti essent. Secus jam esse dicit in ea, quam nunc tractat, specie: & meritò. Sive enim quis pecuniam det quasi deponens, sive quasi mutuam, utroque casu hoc animo dat, ut repetat. Proindè quamvis nummi consumpti sint secundùm voluntatem dantis, ut fit, cùm quasi mutui dati sunt; tamen quia non est hæc voluntas, ut nummi maneant, sed ut etiam consumpti reddantur semper cùm repetentur, certum est non repeti eos contra voluntatem, ut contingit in eo, qui quasi donaturus dedit; sed maximè secundùm voluntatem dantis & accipientis; quæ res accipienti omnem exceptionem & tergiversationem adimit. At enim verò si utrinque subesse existimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti si tibi tradam fundum tanquam à me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias, vel si ego tradam tibi pecuniam donandi animo, tu eam accipias quasi creditam, hic quia ex utraque causa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem esse, dominiumque in accipientem transire: sic enim generaliter definit Julianus in *l. cum in corpus* 36. *ff. de acquir. rer. dom.* Videtur tamen à Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cùm videlicet pecuniam tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuam accepisti, *d. l. si ego pecuniam* 18. *pr. ff. de reb. cred.* primum negat Ulpianus hic esse donationem; sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait nec mutuam esse: ne in hoc quidem, ut opinor, alter ab altero dissensit, quia mutuo data non est. Sed quod idem Ulpianus addidit postea, *magisque nummos accipientis non fieri*, in eo dixeris eum diffidere à Juliano, qui generaliter definit, dissensum in causis tradendi & accipiendi non obstare translationi, cùm in corpus acquirendum consentimus: atque hanc regulam etiam eodem exemplo declaret in *d. l. cum in corpus, de acq. rer. dom.* quod proponitur ab Ulpiano in *d. l. si ego pecuniam, pr.* Sunt qui hoc diffidium componi posse negant. Et sane vix ferri potest, quod Alciat. *lib.* 5. *parerg.* 15. Zasius *in d. l. si ego n.* 7. *& seqq.* Bronchorst. 2. *assert.* 21. Pac. 3. *enant. quæst.* 67. ad horum locorum conciliationem afferunt, nempè diversas in iis proponi species: apud utrumque quidem pecuniam tradi donandi gratia, sed apud Julianum eam sic accipi quasi debitam accipienti ex præcedente contractu, seu solutionis causa datam: apud Ulpianum, quasi mutuo datam à tradente: pecuniam creditam apud Julianum sic interpretantes, non quasi creditam à tradente sive mutuam datam accipienti, sed quasi creditam antea tradenti ab accipiente, qui putet eam tanquam sibi debitam nunc solvi. Utique hanc interpretationem contextus pati non potest. Nam ex verbis præsentis temporis, quibus Julianus utitur; nempè *tradam & accipias*, apparet etiam donandi animum & crediti verbum ad idem tempus referri debere, ut sit sensus, si pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi non creditam tibi accipias, non potest autem pecunia intelligi nunc à te credita, cum à te non sit profecta, qui eam non das, sed à me, qui eam tibi trado. Ego enim is sum qui dicor eam tibi tradere: ac proinde etiam cùm credita esse postea dicitur, à me quoque credita, id est, tibi mutuo data intelligi debet. Quanquam, quid hoc verbo intellexerit Julianus, anxiè laborare non debemus: nam etsi demus non esse id exemplum, quod diximus, tamen definitio generalis posita in *d. l. cùm in corpus*, satis id exemplum & similia omnia complecti-

tur, ubi id actum, ut dominus fieret, qui accepit; quod utique etiam tunc agi intelligitur; cùm tibi dedi pecuniam donandi animo; tu eam quasi mutuam accipis; quoniam & hic in eo consentitur, ut proprietas, id est, dominium, *l.* 13. *ff. de acq. rer. dom.* transeat in accipientem, licet ille hoc animo sit ut parem summam quandoque restituat. Neque video quid intersit, utrùm conventio aliqua de donando, sive revera, sive opinione tradentis præcesserit, an statim & actutùm nulla conventione præcedente donandi causa pecuniam tradiderit; eaque quasi mutua accepta sit: neque enim minus hoc quàm illo casu ex utraque parte id pariter agitur, ut dominium transferatur. Si qua est componendi ratio, ea est quam affert Connanus *libro tertio comment. capite* 17. & Donellus ad *d. l. si ego pecuniam*, nimirum verba hæc Ulpiani, *magisque nummos accipientis non fieri*, duplicem pati posse interpretationem: posse sic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis: posse etiam sic, ut non fiant perfectè, non irrevocabiliter, non ita ut apud eum manere debeant, *arg. l. aliud est capax.* 71. *ff. de verb. signif. l. non videtur* 51. *de reg. jur. l. cum quis* 38. *§. qui hominem* 3. *ff. de solut.* comparatè videlicet, & respectu acquisitionis rei, quæ ex causa donationis traditur & accipitur: fiant tamen ejus inspecto initio, quia proprietas eorum statim transfertur, cujus rei hic effectus est, ut etiamsi adhuc extent, vindicari nequeant. Hoc autem posteriore modo verba Ulpiani capienda esse propter illam, quam diximus generalem definitionem Juliani. Quid quod hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano subjecta nobis ultrò suppeditat, *cum alia opinione accepit*: quippe qui donatum sibi tanquam mutuum accipit, non eo animo est, ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter, & sine obligatione restituendi tantumdem, tanquam ex causa donationis. Unde apparet Jurisconsultum, licet his verbis magisque nummos, accipientis non fieri, videatur respondere de domino, vi tamen ipsa respondere de repetitione, nempè etsi fiunt quidem nummi accipientis, non tamen fieri perfectè, non ita quin avocari queant. Igitur ais, inquiet aliquis, si tibi dem pecuniam donandi gratia, tu eam quasi mutuam accipias, nummos, etiamsi adhuc extent, vindicari non posse? Aio enim verò: hoc enim necessariò consequitur posita dominii nummorum translatione. Neque contrarium est, quod Ulpianus in *d. l. si ego pecuniam*, scribit. *Quare si eos consumpserit licet conditioni teneatur, tamen doli exceptione uti poterit; quia secundùm voluntatem dantis, nummi consumpti.* Nam inde non rectè colligas, si nummi adhuc extant, eos vindicari posse; sed hoc tantùm, posse eo casu condici sine metu exceptionis: cùm si consumpti fuerint, licet condictio perseveret, ea tamen non noceat accipienti, cùm possit condicentem repellere exceptione doli, propterea quòd secundùm voluntatem ejus consumpti sunt. Perinde ergo est, ac si dixisset, licet nummi condici possint, sive extent, sive consumpti sint: hoc tamen interesse, quòd consumptis nummis condictio sit inefficax, &c. Idem autem de extantibus nullo modo dici potest, ac nequidem de consumptis post revocatam voluntatem. Nec vindicari igitur extantes possunt, quippe dominio eorum in accipientem translato; nec consumpti efficaciter condici, quia consumpti secundùm voluntatem dantis. Si verò adhuc extent, condictio erit efficax, eosque mutata antè consumptionem voluntate repetens nulla exceptione summoveri poterit. Locus autem hic erit condictioni sine causa. Nam cùm nummi ad accipientem pervenerunt sine ea causa, ob quam vel dati vel accepti sunt, condictionem sine causa inde nasci necesse est, si dominium, quod jam probavimus, in accipientem translatum est, *l.* 1. *in fin. ff. de condict. sin. caus.*

CAPUT XXXVI.

Possitne dari plena possessionis definitio, quæ species omnes complectatur, & quænam sint istæ species?

VArii variis modis definire conati sunt, quid sit possessio: sed nimium scrupulosi fuerunt, & plerique in hisce definitionibus in vitium illud inciderunt, quod Galenus φιλολυσίαν appellat, quasi libidinem & nimium amorem in definiendo. Atque hi longissimè recesserunt à more & exemplo veterum Jurisconsultorum, qui in quærenda & conficienda accurata possessionis definitione noluerunt nimis esse solliciti. Utique Paulus noster in *l.* 1. *pr. ff. de acq. poss.* contentus fuit etymo verbi, & nuda aliqua descriptione, cum possessionem vocat κατοχήν, id est, detentionem. Ait autem porro possessionem dictam esse à sedibus quasi positionem sedium: ita enim in libris Florentinis legitur; ac melior est hæc lectio, quàm vulgata illa Accursii, Bartoli & aliorum, qui legunt, *Possessio appellata est à pedibus, quasi pedum positio*; nam possessio in etymo vocabuli nihil commune habet cum pedibus. Possidet ergo, qui sedes posuit, nec à grammatica notatione id abhorret, *possessio, positio sedium*. Grammatici tamen possessionem derivant à verbo *sedeo* juncta particula *pos* aut *potis*,

pote : unde adhuc hodie dicitur *impos*, *compos*, *possum*, quasi pos vel potis sum, & *possidere*, quasi posse sedere. Qui enim possidet agrum, is ingredi, discedere, redire, item sedere & tenere potest. Atque hæc ipsa derivatio Jurisconsultis improbari non potest : qui & possessionem acquirere non posse aiunt ; si ejus rei, quæ antè oculos nostros posita est, apprehendendæ potestas nobis fiat, etsi eam manu aut pedibus non attigerimus *l.* 1. §. *si jusserim.* 21. *ff. de acq. poss. l. quod meo* 18. §. 2. *eod.* & possessionem tandiù nos retinere, donec facultatem & potestatem redeundi, insistendi, atque insidendi habemus *l.* 6. §. *ultimo & l. seq. ff. eodem.* Hinc jam ubi in hunc locum inciderunt, arreptâ plerique occasione disputant de vi argumenti ab etymologia sive notatione, & contra à nomine sumpti sive de mutua arguendi affectione, quæ inter nomen & notationem intercedit. Sed hæc disputatio cùm non sit hujus loci & tota logica, ad logicos remittenda est. Illud certum est, etymologiam aptiorem esse ad explicandum, quàm ad probandum. Est enim, ut Galenus ait, *l.* 2. *de decret.* Hippocr. & Plat. μαρτυς ἀλάζων, quamvis ut quibusdam placet, sit ἐξηγητὴς δεινὸς, interpres idoneus. Notandum porrò est, interdùm possessionis verbo proprietatem significari *l. interdùm* 78. *ff. de verb. sin.* κ̀ την ὀσίαν. Cicero in *paradox. Dives est, cui tanta possessio est, ut liberaliter possit vivere*: tanta possessio, id est tanta substantia, tantæ facultates. Sed maximè de rebus soli seu prædiis dicitur. Cicero *orat.* 1. *in Catil. Qui magno ære alieno majores etiam possessiones habent.* apud nostros passim *l. pen. ff. de alien. jud. mult. cap. l. quæsitum* 12. *pr. ff. de instruct. vel instrum. leg. l.* 3. *ff. de extraord. cogn. l.* 6. *l.* 15. *C. de rei vind. l.* 2. *C. de probat. l.* 8. *C. de compens.* &c. eâdem scilicet significatione, quâ apud Græcos κτῆμα, aut apud Poetas κτέαρ. Denique & illud notandum, possessionis verbum interdùm abusivè usurpari pro usucapione, fortè ideò, quia possessionis civilis proprius hic effectus est, ut eam suo tempore sequatur usucapio : ita usurpatur id verbum in *l. denique* 19. *ff. ex quibus causis major. l. ait. prætor.* 23. §. 1. *eod. l. possessio* 20. *ff. de usucap.*

Ergò, ut dixi, Paulus in *l.* 1. *pr. ff. de acq. poss.* non definivit possessionem, sed post allatum etymon nudâ descriptione contentus dixit esse κατοχήν. Quomodò igitur eam definiemus ? Sanè quoniam definitio omnes species complecti debet, easque multas habet possessio, cùm alia sit civilis, alia naturalis ; alia justa, alia injusta, alia corpore, alia jure constans, de quibus speciebus mox ex professo, maluerunt olim peritissimi homines à definitione possessionis abstinere. Accursius in *l. stipulatio* 38. §. *hæc quoque* 5. *ff. de verb. obligat.* ait eos ausos non fuisse possessionem definire ? Quid ergò ? an non potest dari plena & perfecta possessionis definitio, quæ species ejus omnes complectatur, atque, ut in scholis loquuntur, quæ cum suo definito reciprocetur ? Aio enim verò : nam quod difficile est, non utique & impossibile. Quamobrem, ut mori publico satisfiat, eam hoc modo definio : Possessio est rei corporalis detentio, cui inest effectus vel proprio vel alieno nomine rem tenendi, vox detentionis hîc locum generis obtinet. Latiùs enim patet tenere, quàm possidere: quippe cùm is etiam teneat, qui sine judicio aut voluntate affectuve tenet. At detentio, quæ in possessione locum habeat, juncta esse debet cum affectione & voluntate tuendi, *l. qui jure* 41. *ff. de acqu. poss.* qua de causa etsi tenet furiosus, non possidet, *l.* 1. §. 3. *&* §. *ideò.* 10. *ff. eod.* Deindè detentio hæc vel vera est, puta cùm is, qui possidet per se & corpore suo, non per alium possidet ; vel ficta per juris interpretationem, puta cùm possideo corpore alieno & animo meo, vel simul corpore & animo alieno, *l.* 3. §. *cæterùm* 12. *ff. eod.* undè orta divisio possessionis in eam quæ jure & corpore consistit, *l. nemo* 10. *C. eod.* Sequitur, *rei corp.* quia res incorporales naturâ suâ possessionem non recipiunt, *l. si ædes* 32. §. 1. *ff. de serv. præd. urb. l.* 4. §. *si viam* 27. *ff. de usuc. l. servus* 43. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Nulla enim res detineri potest nisi corpus : & possessionis initium est corporis ad corpus adjunctio. Ac proindè rerum incorporalium dicitur quasi possessio, *l. ait prætor* 23. §. 2. *ex quibus causis maj. l. si quis diuturno* 20. *ff. si servitus vind. l.* 3. §. *pen. ff. undè vi* & interdicta constituta de servitutibus, quæ sunt res incorporales quasi possessoria, *l. ult. ff. de servit. d. l.* 3. §. *pen. undè vi* quæ causa est, quòd Græci rebus incorporalibus non tribuunt κατοχὴν sed χρῆσιν. Et rectè igitur Theophilus. *Inst. de interd.* νομὴ, inquit, ἐστι σωματικοῦ πράγματος κατοχή. At malè illi, qui ita distinguunt ut dicant res incorporales perfectè & nobiliori modo possideri, res incorporales minùs perfectè. Dicendum enim est illas verè & propriè possideri, has non item : vox *quasi* nota est improprietatis.

Non adjeci in definitione rei corporalis ab aliis possessoribus vacuæ, hoc enim qui addunt, putant rem eamdem à pluribus in solidum possideri non posse : quod an verum sit meritò dubites propter *l.* 3. *pr. ff. uti possid. l.* 6. §. 1. *de acq. poss. l. sciendum* 15. §. 3. *ff. qui satisd. cog.* cum similibus. Utique diversi generis possessio penes duos esse potest, ut naturalis apud creditorem, civilis apud debitorem, *l. servi* 16. *de usuc. l. qui pignori*

36. & l. seq. ff. de acq. poss. l. si pignus 37 *ff. de pign. act.* sed hoc pluribus nunc excutere non lubet. Postremò non dixi in definitione, animo aut opinione domini, quod item plerique adjiciunt: quia tunc definitio ad eam ferè speciem possessionis duntaxat pertineret, quæ civilis est, ad usucapionem prodest. Nos verò omnes possessionis species definitione nostrâ complecti voluimus, apertæ autem duæ species possessionis constituuntur, quarum altera sit cum animo & opinione domini, altera non item, *l.* 7. *§.* 4. *ff. comm. divid. l. quæcunque* 13. *§.* 1. *ff. de publ. in rem act. l. si servus* 22. §. 1. *ff. de nox. act.* Is cui eâ mente possessio tradita est, ut eam posteà restituat, possidet, quamvis affectu domini rem non tenet, *l. si quis* 17. *§.* 1. *in fin. ff. de acq. rer. dom.* Si omittendæ possessionis causa res apud sequestrem deposita sit, sequester possidet, *l. interesse* 39. *ff. de acq. poss.* qui tamen animum dominantis non habet. Quare cùm Theophilus §. 4, *Inst. per quas per. cuiq. ac.* ita definit possessionem νομή ἐστι τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος νέμεσθαι non est credendum eum in genere possessionem definire voluisse, sed eam duntaxat speciem, quæ civilis dicitur, accomodatâ scilicet definitione ad verba textûs Justinianei. Nam cùm dixisset Imperatdr bonæ fidei possessorem usucapto servo per eum ex omnibus causis acquirere, mox subjicit, fructuarium usu capere non posse, additâ etiam hâc ratione, quia non possidet: quem tamen constat naturaliter possidere, *l.* 12. *ff. de acq. poss.* Videamus nunc quotuplex sit possessio.

Prima & principalis divisio possessionis hæc sit, quòd alia civilis est, alia naturalis. Civiliter possidet, qui animo & cogitatione domini possidet justa ex causa & bona fide. Is autem ideò dicitur civiliter possidere, quia hæc possessio ei prodest, ad civilem usucapionis effectum: atque ad hanc speciem tantùm pertinet definitio illa Theophili suprà relata. Hæc possessio sæpè absolutè & κατ᾽ ἐξοχὴν possessio dicitur, ut cæteri, quibus possessio ad usucapionem non prodest, hoc respectu interdùm dicantur non possidere, *§. de iis autem* 4. *vers. fructuarius vero Instit. per quas pers. cuique acq.* sed potiùs esse in possessione §. 5 *instit. de interdict. l.* 6. *§. secundo ff. de precar. l.* 9. *ff. de rei vind. l.* 8. *ff. commod.* Naturaliter possidet, qui injustè, aut absque animo & affectu domini possidet. Divisio hæc petita est ex *l.* 1. *§. dejicitur* 9. *& seqq. ff. de vi & de vi arm. l. cùm hæredes* 23. §. *secundo & l. seqq. de acq. poss. l.* 2. §. *primo ff. pro hæred. l.* 3. *§. ultimo l. tigni.* 7. *§.* 1. *ff. ad exhib. l. quæcunque* 13. *§. primo ff. de publ. in rem act. l.* 7. §. *neque* 11. *ff. comm. divid.*

Civilis possessio semper justa esse debet: naturalis modò injusta est, *l. si eum* 26. *pr. ff. de donat. int. vir. & ux. l. quod uxor.* 16. *ff. de acq. poss. l.* 1. *§.* 9. *&* 10. *ff. undè vi. l.* 7. *§.* 4. *ff. comm. div.* modò justa, *l.* 13. *§.* 1. *de publ. in rem act. l.* 12. *ff. de acq. poss. l. si servus* 22. *§.* 1. *ff. de nox. act. d. l.* 7. *§.* 4. *comm. div.* & qui ita possident interdùm & bona fide possidere dicuntur, *l. si pignore* 22. *§. secundo ff. de pign. act.* sed tunc bonæ fidei possessor non intelligitur is qui civiliter possidet, sed qui justè, licet non ex causa, ex qua dominium transire solet, ut in *d. l.* 13. *§.* 1. *de publ. in rem act.* & *d. l.* 22. *parag. primo ff. de noxal. act.* At in materia usucapionis alio significatu dicitur bonæ fidei possessor, nempe is qui civiliter possidet ad civilem usucapionis effectum. Sed & qui injustè, hoc est, sine titulo possidet, si illæsam habeat rei alienæ quam possidet, conscientiam, fortè quòd in jure errans se dominum factum putet, bonâ fide possidere dicendus est, quamvis usucapio ei non procedat *l. ubi lex* 24. *l. si fur.* 32. §. 1. *ff. de usucap.* nam quæ possessio propter defectum tituli injusta est, propter voluntatem domini eam tradentis pro bonæ fidei habenda est, *arg. l. fructus* 45. *ff. de usur.* Interp. vulgò civilem possessionem ex animo, naturalem ex corpore & animo æstimare solent, sed minùs rectè: quanquam non tam crassè disputant, ut civilem existiment per discessum demùm existere; sed eam, quæ cum naturali anteà conjuncta erat, retineri, naturalem autem solam amitti, vel potiùs modum possidendi mutari: quippe corpore tenere aut animo, non tam esse species possessionis quàm modos possidendi, *l.* 3. *§. Nerva* 13. *ff. de acq. poss.* ubi hactenùs res possideri dicitur, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus. Hinc verò apparet divisionem possessionis in justam & injustam non esse divisionem primam, sed subdivisionem. Item non omnem possessionem injustam esse malæ fidei. Denique nec omnem naturalem esse injustam, neque omnem quæ justa est esse civilem.

Porrò eorum, qui naturaliter possident est & hæc subdistinctio, quòd aut sibi suove nomine possident, veluti quod prædo, aut quod conjux à conjuge sibi donatum possidet; aut quod fructuarius, licet hic absit animus dominantis, *l. fructuarius* 21. *ff. quemad. serv. am.* Et hujusmodi possessoribus etiam remedia possessoria dantur, *l.* 1. *§.* 9. *&* 10. *ff. de vi & de vi arm. l.* 3. *§.* 13. *eod.* aut nomine alieno, quomodo possident, quicunque nostro nomine in possessione sunt, *l. generaliter* 9. *l. quod meo* 18. *ff. de acq. §. possidere Inst. de interd. l.* 2. *§.* 1. *de act. empt. l.* 7. *§. item si duo* 8. *& §. neque* 11. *ff. comm. divid.*

Rursùs alia est possessio, quæ jure alia quæ corpore constat, *l. nemo* 10. *C. de ac. hæred.* quæ-

divisio locum habet tam in civili, quàm in naturali possessione. Civilis possessio corpore consistit, cùm ipse per se possidet, qui est in conditione usucapiendi. Jure eadem constat, cùm per alium possidet, ut in *l.* 1. §. *per eum* 8. *l.* 3. §. *cæterùm* 12. *l. quod meo* 18. *qui pignoris* 36. *ff. eod. l. servi* 16. *ff. de usuc.* Naturalis possessio corpore constat, cùm is qui naturaliter possidet, per se possidet, non per alium: eadem jure consistit, veluti si rem pignori obligatam debitor conduxerit aut precario rogaverit, possessio creditoris, quæ naturalis est, jure constat, *l. si rem* 29. *si quis* 36. §. *ult. & l. seqq. ff. de pign. act. l. res pignoris* 37. *ff. de acq. poss.*

In possessione quæ jure constat, admittitur fictio, eaque jure civili unde ortum habet, infirmatur, *l. ait prætor* 23. §. 3. *ff. ex quib. caus. maj. l. in bello* 12. §. 2. *ff. de capt. & postl. rev.* Hinc est, quod hæc possessio plurimum juris habere dicitur, & non tantùm corporis, sed & juris esse, *l. possessio* 49. *princ. &* §. 1. *ff. de acq. poss.* At possessio quæ corpore constat, facti magis est, quàm juris, *l.* 1. §. *furiosus* 3. *& seq. eod.* id est, plurimùm, ut alibi dicitur, facti habet, *l. denique* 19. *ff. ex quib. ca. maj.* & ideò fictionis non est capax, nec infirmatur jure civili, *d. l. denique l. ait prætor* 23. §. 1. *ff. ex quibus caus. maj. l. cùm hæredes* 23. §. *ff. de acq. poss. l. in bello* 12. §. 2. *ff. de capt. & postl. rev.* ubi Marcelli sententia non distinguentis rejicitur approbata Juliani. Illud notandum est possessionem, quæ corpore constat, aliquandò appellari naturalem; quo significatu naturalis possessio nihil aliud est, nisi possessio actualis, quam quis corpore suo habet, & naturaliter possidere, est non solo animo, sed & corpore possidere, ut in *l. ea quæ* 53. *ff. de acq. rer. dom. l.* 1. *pr. &* §. 1. *l.* 3. §. 3. *&* 13. *l.* 23. *pr. &* §. 1. *ff. de acq. poss.* sive corpore & animo possessioni incumbere, ut loquitur Marcellus in *l. qui bona* 19. §. 1. *ff. eod.* Certè quod *in d. l.* 23. *pr.* dicitur naturaliter apprehendi, id in *d. l.* §. 1. dicitur corporaliter amitti, ita ut hæc subinde promiscuè sumantur; naturaliter possidere & corporaliter. Et hoc sensu si accipias naturalem possessionem, potest utique talis possessio simul etiam civilis esse, ut ex locis allegatis apparet: & tunc possessio civilis & naturalis non opponuntur. At cùm dico aliam esse possessionem civilem, aliam naturalem, (quæ divisio & oppositio est in *l.* 1. §. 9. *&* 10 *ff. de vi de vi arm. l.* 24. *ff. de acq. poss. l. si eum* 26. *ff. de donat. int. vir. & ux.* cum similib.) tunc possessio naturalis longè aliud est, nempe ea possessio, quam quis habet sine titulo aut opinione domini, & propterea ex adverso opponitur civili possessioni, ut hæ duæ species simul eodem tempore concurrere & eædem esse non possint: quamvis possint, ut duæ diversæ possessiones in eadem esse persona, ut unus & idem possideat civiliter & naturaliter, uti in specie *l. qui pignoris* 36. *ff. de acquir. poss.* ubi idem & civiliter possidet, & precario, id est, naturaliter, *add. l.* 29. *l.* 35. §. 1. *l.* 37. *ff. de pig. act. junct. l.* 16. *ff. de usucap.* Atque hæc locutionis homonymia & duplex naturalis possessionis, significatio omnes quotquot vidi Interpretes conjecit in varios errores & perplexas disputationes. Vasquius ex hujus rei ignorantia putavit, jure primævo dominium rerum acquisitum fuisse possessione naturali, quæ civili opponitur, *lib.* 2. *controvers. cap.* 57. *n.* 21, *& seqq.*

Non obstat his divisionibus, quod tituli ff. & C. concepti sunt de acquirenda possessione, quasi hinc efficiatur unam esse duntaxat & simplicem possessionem. Nam etsi genus plures habet sub se species, rectè tamen numero unitatis proponitur. Sic cùm in *l.* 3. §. *genera* 21. *in fin. ff. eod.* unum dicitur genus esse possessionis; non ideò negari potest esse sub hoc genere diversas species. Et possessio ibi confertur cum titulis & causis possidendi, quæ cùm valdè multæ sint & variæ, earum respectu unum esse genus possidendi dicitur; species, quo nomine Jurisconsultus illic intelligit causas & titulos, infinitæ. Sed & aliàs non semper genus & species significatione dialectica à nostris usurpantur, *l.* 4. §. 2. *ff. de vulg. & pup. subst. l. Thais* 41. §. *item quæro* 8. *de fideicommiss. libert.*

Alio & planè diverso respectu ac sensu dicitur aliquis pleno jure possidere, nempe qui plenum jus dominii habet, *l.* 1. *C. de revoc. donat.* Bald. *in l. fœminæ* 3 §. *illud etiam C. de sec. nupt.* Mindan. *de mat. poss. c.* 7. *n.* 9. Itaque cæteri qui domini non sunt, etsi civiliter & bonâ fide justoque titulo possident, non tamen dici possunt pleno jure possidere. Sed ea species possessionis, quam dominus pleno jure habet, & quam causalem appellare possumus, huc non pertinet, non magis, quàm ususfructus causalis aut causales servitutes ad argumenta de usufructu aut de servitutibus prædiorum.

CAPUT XXXVII.

An in eo quod interest, æstimando etiam lucri ratio habeatur?

VErbum hoc *interesse* in jure nostro dupliciter usurpari solet, uno modo generaliter pro eo quod ad utilitatem vel publicam, ut in *l.* 1. *ff.*

solut. matrim. l. servo 65. §. 2. ff. ad senat. Trebell. l. interest 18. ff. de reb. auct. jud. l. 1. §. 1. ff. de incend. ruin. naufrag. vel privatam alicujus pertinet, ut in *l. pen. ff. ad exhib. l. 7. pen. ff. de serv. export. l. pater filiæ 71. ff. de evict. l. & hæredis 21. §. ult. ff. de pact.* cum similib. altero modo specialiter pro eo, quod extrinsecùs rei succedit vel accedit ob damnum acceptum, aut lucrum amissum de quo solo hîc quæritur. Sic autem dicitur ad differentiam rei seu debiti principalis: nec tantùm rem ipsam principalem, sed etiam æstimationem ejus excludit, *l. 1. §. considerandum 20. ff. de tut. & rat. distrah.* Undè rectè infert Molinæus, *tract. de eo quod interest.* remittentem damna & interesse, non censeri remittere rem principalem. Et vulgò quidem tria ejus quod interest, genera constituuntur: conventum, quòd sit pœna nomine ejus quod interest, promissa: singulare, quòd ex privata affectione æstimetur: & commune, quòd æstimetur, quanti res communiter omnibus valet. Sed ex tribus hisce generibus duo priora hinc removenda, conventum scilicet, quia pœnæ quantitas certa est, & peti potest etiam tunc, quando nihil interest, *l. stipulatio ista. 38. §. alteri 17. ff. de verb. obl.* & singulare, quoniam res non ex affectione singulorum privata æstimantur, sed ex eo, quanti communiter omnibus valent, *l. pretia rerum 62. ff. ad leg. Falcid. l. si servum 33. ff. ad leg. Aquil.* Bene verò sic id quod interest, vulgò definitur, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus: seu damnum emergens & lucrum cessans ex eo, quod factum non est, quod fieri debuit, *l. si commissa 13. ff. rat. rem hab. l. un. C. de sentent. quæ pro eo quod int. prof.* Ergò ut quid nostra intersit, hinc pendet, si quid amisimus ob id quod factum non est, quod fieri debuit; aut si quid lucrari potuimus, si factum esset quod promissum est: quod quia factum non est, lucrati non sumus. Et quidem cùm apud veteres dubitatum esset, quænam in ejus quod interest, taxatione partes essent Judicis, & ad quam usque quantitatem id æstimari deberet, visum fuit Justiniano hujusmodi prolixitatem: prout possibile est in angustum coarctare, sicut ipse loquitur in *d. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Ait, quoad possibile est, absolutè enim id definiri nequit, quoniam tota hæc quæstio in facto, non in jure consistit, *l. quatenùs 24. ff. de reg. jur.* ac proinde magis ad Judicis potestatem, quàm ad juris definitionem pertinet, *l. ordine 15. in fin. pr. ff. ad. municipal. l. 1. §. quorum 4. in fin. ff. ad senat. Turpill.* Distinxit ergò Justinianus casus certos à casibus incertis: in illis vetuit id quod interest, dupli quantitatem excedere: in his totum jussit præstari quod interest. Casus certos definit, qui certam habent quantitatem vel naturam, puta certam summam aliamve quantitatem in pondere, numero, mensura vel speciem certumve corpus. Proinde si v. c. venditor aut locator ob id quod rem aut usum rei non præstant, in id quod adversarii interest, condemnandi sunt, in eo æstimando duplum dicti pretii aut mercedis excedi non oportebit, quia certam quantitatem hi casus habent. Casus incerti sunt, qui quantitatem continent incertam. Cùm autem nulla quantitas incerta esse possit, quæ quidem designetur, nisi quæ designatur sub appellatione ejus quod interest, apparet eos solos casus esse incertos, in quibus ejus quod interest, præstatio petitiove continetur. Itaque huc pertinent contractus omnes, quibus ut quid fiat, continetur; quales sunt stipulationes faciendi, obligationes mandati, tutelæ, negotiorum gestorum, maleficia, ex quibus actio in id, quanti ea res est, de qua agitur, ut fit in lege Aquilia de damno injuriâ dato, in interdicto unde vi iis rebus amissis quæ in fundo erant; in furto surreptâ eâ re quæ certo die sub pœna debebatur: in summa actiones omnes, quibus indemnitas principaliter petitur, *l. 13. §. 1. ff. de re jud. l. si pœnam 68. l. stipulationes 72. l. ubi autem 75. §. ubi autem 7. ff. de verb. oblig. l. si procuratorem 8. §. mandati 6. ff. mand. l. 1. ff. de tut. & rat. distr. l. 2. ff. de neg. gest. l. ait lex 21. ff. ad leg. Aquil. l. 1. §. non solum 41. ff. de vi & de vi arm. l. inficiando 67. §. 1. de furt.* In his igitur omnibus tantùm quantùm revera interest, ex constitutione Justiniani præstandum. Et quidem juxtà veterum sententiam quam & Justinianus comprobat, in eo quod interest æstimando non damni tantùm, verùm etiam lucri ratio habetur, *l. 2. in fin. ff. de eo quod cert. loc. l. si fundus 33. vers. nam & si ff. locat. l. si commissa 13. ff. rat. rem hab.* exempla *in l. proinde 22. & l. seqq. ff. ad. leg Aquil. l. si mulier 21. §. 3. & 4. ff. de act. rer. amot. l. si procurator 18. ff. rat. rem hab.* Unde igitur nata dubitatio, an in æstimando eo quod interest, etiam lucri ratio habenda? Ex eo videlicet, quòd veteres contraria in speciem respondisse videntur, nam quidam sunt loci, in quibus lucrum ab eo quod interest, disertè removetur, ut in *l. si steril. 21. §. 3. ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & comm. rei vend. l. Proculus ait 26. ff. de damn. infect. l. 1. §. sicut autem 21. ff. de aq. pluv. arc. l. si is cui 71. §. 1. ff. de furt.* Quid igitur ad hosce locos respondemus? Nimirum removeri quidem his locis lucrum ab eo quod interest, sed lucrum, quod aut circà rem non consistit (extrinsecum vulgò vocant) quale damnum similiter removetur; aut injustum quod meritò veteres exceperunt. Id verò ita esse, quivis intelligere poterit, qui modò cau-

sas, quæ in hujusmodi locis proponuntur, earumque rationem, quæ ad hypothesin accommodatur, animadvertet. Paulus in *d. l. si sterilis* 21. *§.* 3. *ff. de act. empt.* excludit lucrum sed an ideo, quia putet damni tantùm, non etiam lucri habendam rationem? minimè: quoniam non solum lucrum removet, quod circa rem non consistit, sed etiam hujusmodi damnum: ait enim non magis id lucrum æstimandum, quàm si emptor triticum emerit, & ob eam rem, quòd non sit traditum, familia ejus fame laboraverit, &c. Removet ergo id lucrum duntaxat, quod non circa rem consistit. Idem responsum esto ad *d. l. ult. de peric. & commod. rei vend.* cui adde *l. vend.* 21. *vers. pretium enim ff. de hæred. vend.* In *d. l. Proculus* 26. *ff. de damn. infect.* damnum quidem admittitur, & lucrum simpliciter excipitur: sed agitur illic de lucro injusto, de eo lucro, quod ab ipso vicino & ejus beneficio habebatur, quo non diutius uti licet, quàm quoad is patitur, nec lucrum absolutè, sed veluti lucrum appellatur. Simile est, quod in *d. l.* 1. *§. sicut autem* 81. *ff. de aq. pluv. arcend.* Ofilius & Labeo aiunt, actionem aquæ pluviæ arcendæ locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non prosit, veluti si vicinus opus fecerit, ne aqua, quæ alioquin decurrens agro meo proderat, huic prosit. Permittitur enim cuilibet sibi consulere, etiamsi per id ex consequentia alter commodo aliquo privetur, aut etiam incommodo aliquo afficiatur, *l. cum eo* 9. *ff. de serv. præd. urb. l. sicut.* 8. *§ Aristo.* 5. *ff. si serv. vind. l. si in meo* 21. *ff. de aq. pluv. arc.* In *l. si is cui* 71. *§.* 1. *ff. de furt.* non definitur τὸ interesse, sed cujus intersit in actione furti: ubi rectè dicitur ejus interesse videri, qui damnum passurus est, non ejus, qui lucrum facturus, quia in eo genere lucrum non potest nisi injustum esse. Nam sive res nostra surrepta est, & est apertè damnum, sive aliena, cujus custodiam debemus, & idem est, si ea non recepta damnum luere domino cogimur. Quòd si quis hoc tantum sua interesse dicat, ut lucrum possessionis faciat, eamve possidendo quærat, id ex re aliena non honestè captatur, *add.* Cont. *tract. de eo quod int. c.* 3. *&* 4. Alciat. *in comment. ad d. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. cap. ult.* Donell. *cap.* 10.

CAPUT XXXVIII.

Num in taxatione ejus quod interest, id omne quod actor consequi potuit, neque consecutus est, sine exceptione æstimetur?

JUstinianus sic ex veterum sententia constituit: Damnum, quod revera inducitur, lucrum, quod revera abest, præstetur, *l.* 1. *C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Non est autem dubitandum, quin his verbis Justinianus exprimere voluerit id, quod ex veteribus Paulus scripsit, omnem utilitatem in æstimationem venire, quæ circa rem consistit: non venire, quæ extra rem sit, *l. si sterilis* 21. *§.* 3. *ff. de act. empt.* Id verò hanc habet sententiam, ut non continuo id, quod haberi potuit, præstito eo, quod debebatur, quasi absit, æstimari debeat: sed quod ideo abest, quia datum factumve non est, quod dari aut fieri debuit. Duo igitur hic requirimus, ut haberi certò potuerit, ut potuerit ex eo solo, quod præstandum erat, non aliunde: ac proinde duas utilitates hinc removemus, 1. Si quid habere ex re petitor potuit, sed ita, ut etiam potuerit non habere. 2. Si quid habere potuit certò quidem, sed non minus aliunde, quàm ex eo, quod debebatur. Exemplis res plana fiet. Retia piscatorum, quæ capiendorum piscium gratia in flumine posuerant, culpa alicujus fracta sunt: placet duntaxat retium æstimationem fieri, non piscium; quia incertum fuit, an caperentur, *l. quemadmodum* 29. *§. item Labeo* 3. *ff. ad leg. Aquil.* atque hoc ad res omnes ejusdem generis transferre licet, puta ad venationem & aucupium. Planè si in contractu actum sit, ut incertus v. c. captus piscium æstimaretur, is æstimandus est propter conventionem, *l. si jactum* 12. *ff. de act. empt.* nempè jacto retis vendito non tam ipse jactus venditus, quàm quod eo jactu caperetur, venditum intelligitur: æstimatio autem redigetur ad id, quod consuetum est capi, per *l.* 1. *ff. de usur.* Molin. *tract. de eod. quod int. n.* 81. *& seq.* Vinum aut frumentum venditum est, nec traditum, non est æstimandum, quod his rebus traditis emptor fortè negotiari potuit & lucrum facere: quoniam hæc utilitas non ex re, sed propter negotiationem percipitur, nempè ex opera atque industria mercatoris, qui occasione oblata uti voluit, *l. si sterilis* 21. *§.* 3. *ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. junct. l. venditor* 21. *vers. pretium enim. ff. de hæred. vel act. vend.* Neque tamen idem putamus esse ex corpore rei nasci; & circa rem consistere; sed circa rem consistere omnem utilitatem intelligimus, quam res ipsa secum fert, sibique adjunctam habet, licet extrinsecus veniat, meritòque Molinæus *d. tract. num.* 13. Doctorum distinctionem in interesse intrinsecum & extrinsecum improbat: quia quæcumque utilitas propriè circa rem consistere dicitur, ea extrinsecus venit. Ex re non nascuntur mercedes, ex operis servi, pensiones ex rebus locatis, pretium ex re vendita, quorum tamen utilitatem maximè circa rem consistere convenit. Servus, qui hæres institutus venditus & tra-

ditus erat, evictus est: placet etiam ob hæreditatem amissam ex empto agi posse, *l.* 8. *ff. de evict.* quia hæreditatis utilitas circa rem consistere intelligitur, non quod ex re nascatur, sed quod ejus parandæ causa in ea re, quæ debebatur, fuit. Atque in universum non quid pariatur & unde veniat, sed unde ejus quærendi causa hic spectandum est. Exempla de damno circa rem in *l. proinde* 72. *& l. seq.* §. 3. *ff. ad leg. Aquil: l. in hac stipulatione* 28. *ff. de dam. infect.* Circa rem autem non consistit, quod vel certo habere petitor non potuit, vel non minus aliunde habere, quàm ex eo, quod debebatur; veluti si vino aut frumento vendito & tradito empto potuerit negotiari & lucrum facere: & ideo hoc non æstimatur, *l. si sterilis* 21. §. 3. *ff. de action. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ejusdem generis sunt utilitates, ne pœna committatur, aut pignora distrahantur, ne familia fame laboret; quia aliunde percipi possunt.

Sed occurritur nobis ex Ulpiano, qui contra quam Paulus in *d. l. si sterilis* 21. §. 3. *ff. de act. empt.* etiam ejus utilitatis, quæ rei propria non est, nec circa rem consistit, rationem habendam esse tradit, non in damno solùm, sed etiam in lucro prolatis iisdem exemplis quibus & Paulus utitur. Locus Ulpiani est in *l.* 2. §. *ult. ff. de eo quod cert. loc.* qui locus usque adeo turbavit Alciatum, ut contra omnes fere quanquam temerè & perperam statuerit, habendam esse rationem omnis utilitatis, quam actor consequi potuit, etiamsi circa rem non consistat, præterquàm in venditione; idque sine dictinctione rerum aut adjectionis loci, aliæve circumstantiæ. Quomodo ergo hæc conciliamus? Nimirum si dicamus nunquam eam utilitatem, quæ ex re non est, seu quæ eodem modo aliunde percipi potest, æstimandam esse, nisi appareat in contrahendo ejus quoque habitam esse rationem? quod si contingat, conventionem servandam esse. De solo autem tali casu loquitur Ulpianus in *d. l.* 2. §. *ult. ff. quod cert. loc.* Agit enim de pecunia, quæ certo loco promissa alio in loco petitur actione arbitraria, in qua ait, hæc in utilitate actoris æstimari, quod actor fortè eo loco quo pecunia dari, promissa est, pecuniam debuit sub pœna vel pignoribus, & ob id, quòd pecuniam eo loco non acceperit, pœna commissa sit, aut pignora distracta. At quamobrem? nempe quia adjectione loci id actum esse intelligitur: nam cùm locus non frustra adjiciatur, apparet creditorem ad eas utilitates, quas eo loco percipere potuit, solutionem retulisse. Cont. *in schol. ad d. l. un. c.* 4. *in fin.* Perez *ad Cod. d. tit. n.* 18. Neque id in pecunia numerata solum locum habet, sed etiam, & vel magis in alia quavis re fungibili: ut bene Molin. *num.* 97. *& seq.* Donell. *c.* 11. contra Bartolum & plerosque alios Interpretes. Nec verò sola loci adjectio hoc efficit, verùm etiam solutionis in certam personam aut tempus collatio, si creditori expediat personæ adjectæ eove tempore solvi propter ejusdem generis utilitates, ut disertè Papinianus in *l. liber homo* 117. §. *ult. ff. de verb. oblig.* & Ulpianus in *l. si fundus* 114. *ff. eod. l.* 4. *pr. ff. quod cert. loc.* Enim verò non omnis utilitas, quæ ubique capi potuit, hic æstimatur, sed ea tantùm, ad quam adjectione harum circumstantiarum credibile est respexisse actorem, ut liquido apparet ex verbis Ulpiani in *d. l.* 2. §. *ult. quid si merces solebat comparare.* Igitur adjectione loci id tantùm agi intelligitur, ut eam utilitatem consequatur actor, quam eodem in loco consequi potuisset, si pecunia ibi soluta fuisset. Quod si eo loco nihil interfuit, quamvis, si alibi soluta esset pecunia; actor consecutus esset, ne ibi in pœnam incideret, aut pignora distraherentur, nullam ejus rei rationem duci oportebit. Stipulatus sum mihi aut Titio dari, non omne æstimabitur, quod interfuit meâ, sed quod interfuit Titio solvi: puta ne si Titio solutum non esset, pœna, quam promiseram, committeretur, *d. l. liber homo* 18. §. *ult. de verb. oblig.* At sicubi alias expedierit mihi pecuniam solvi, id in æstimationem non venit; quia hoc actum non est. Temporis adjecti eadem ratio, si temporis utilitas intervenerit, *d. l. si fundus* 114. *de verb. oblig. d. l.* 4. *pr. quod cert. loc.* Hoc igitur genere utilitatis in his causis recepto, consequens fuit, ut non solùm damni, sed etiam lucri ratio haberetur. Finge stipulatorem pecunia suo loco accepta merces comparare potuisse, tritico accepto negotiari & lucrum facere: hoc quoque æstimabitur, *d. l.* 2. *in fin. ff. quod cert. loc.* parem enim esse damni facti & lucri amissi rationem supra effectum est. Illud interest, quod in damno persona non distinguitur; nam stultè quæreretur, damno facto, an id fieri potuerit: & omnino ubi quid amissum est, quæri nequit, an amitti potuerit. In lucro autem personæ conditio & consuetudo spectanda est, ut videri possit ad eam spem & cogitationem voluisse loci adjectionem referre. Finge mercatorem esse, qui merces eo loco comparare & negotiari solitus sit, *d. l.* 2. §. *ult. in fin.* rectè nempe, hic si lucrum factum non est, quæretur, an acquiri potuerit, idque conjecturis exquirendum est. Pluribus hæc exequitur Donellus in *d. l.* 2. §. *ult. & d. c.* 11. *circà fin. add.* Mant. *lib.* 10. *de tac. & ambig. con. tit.* 7. *n.* 7. *& ibi alleg.*

CAP.

CAPUT XXXIX.

An interdictum seu judicium possessorium rectè cumuletur cum petitorio sive rei vindicatione?

CONcurrere plures actiones dupliciter dici possunt, electivè sive disjunctim, ut una tantùm ex pluribus, qua competunt, experiri liceat, qua in judicium deducta, cæteræ consumantur, *§. cæterum* 5. *Inst. quòd cum eo, qui in al. pot. l. pro socio* 38. *§.* 1. *ff. pro soc. l. eligere* 9. *§.* 1. *ff. de trib. act. l. in duobus* 28. 4. *ff. de jurejur. l. qui servum* 34. *§.* 1. *ff. de obl. & act.* & cumulativè sive conjunctim, ut omnibus experiri liceat, nec una alteram consumat, qui verus est consensus. Atque earum, quæ ita concurrunt, aliquandò hæc cumulandi ratio est, ut utraque simul & eodem tempore uti liceat, quod fit, quando diversarum rerum nomine competunt: ubi tamen & diversæ sententiæ, ferendæ, *l.* 11. *ff. de jurisd. l. & hæc distinctio* 35. *§. ff. locat. l.* 9. *§.* 1. *ff. de trib. act.* atque eo plerique referunt, *l.* 32. *ff. de oblig. & act. l.* 2. *§.* 1. *&* 2. *ff. de priv. delict. l. nunq.* 130. *ff. de reg. jur.* Interdum hæc ut non simul omnes, sed singulæ seorsim in diversis judiciis exerceri debeant, quod fit quando plures conjunctim competunt ejusdem rei nomine, *l.* 43. *§.* 1. *ff. de reg. jur. d. l.* 9 *§.* 1. *ff. de trib. act. l. cum fil.* 76. *§ variis* 8. *ff. de leg.* 2. *l. plura delict.* 53. *ff. de obl. & act.* quam tamen distinctionem nunc ad amussim non examino. Sed & aliquando una à concurrentibus pendente altera interim inhibetur, idque vel propter præjudicium, quod alioquin alteri fieret; quomodo concurrunt condictio furtiva & actio furti *l.* 7. *§.* 1. *ff. de condict. furt.* at pendente actione furti illa denegatur, ne huic præjudicium fiat. Eodemque modo concurrunt vindicatio fundi & servitutis sed illa pendente hæc interim denegatur, ne præjudicium prædio fiat, *l. fund.* 16. 1. *de except.* vel propter ordinationem judicii ipsamque procedendi rationem, quomodo dici potest concurrere interdictum sive judicium possessorium cum rei vindicatione seu judicio petitorio, quamvis illo pendente hoc inhibeatur, propterea quod ad constitutionem judicii petitorii prius possessorium terminatum esse oportet, *§. retinendæ*, *Inst. de interdict.* Quæstio autem proposita in eo vertitur, an judicium possessorium cum petitorio sic cumulari & jungi possit, ut utroque simul & eodem tempore experiri liceat, hoc est, ut utrumque eodem libello proponatur, utrumque simul dictetur, de utroque simul cognoscatur, unaque sententia utrumque terminetur. Movetur hæc quæstio in interdictis adipiscendæ & recuperandæ possessionis; à multis tamen & in interdictis retinendæ, vide *c. pastoralis, & ibi latè Gloss. ext. de caus. possess. & prop.* Nos in hac quæstione probamus sententiam Joannis & Azonis negantium hæc judicia eo, quo diximus, modo cumulari posse, sed prius de possessione, deinde de proprietate distinctis judiciis esse cognoscendum, contra doctrinam Petri, qui omne possessorium cum petitorio cumulari posse contendit, & Martini, qui excepit tantùm interdicta retinendæ possessionis. Etenim ut possessio nihil cummune habet cum proprietate, *l. naturaliter* 12. *§. ff. de acq. poss.* & ut sunt planè hæ res dissimiles, *l.* 4. *§. ult. ff. de excep. rei jud.* cùm possessio sit facti, dominium juris, *l.* 1. *§.* 3. *l. cum hæredes* 23. *ff. eod. l. denique* 19. *ff. ex quib. caus. major.* ita etiam duas actiones non modò distinctas, sed etiam insociabiles pariunt; dominium, rei vindicationem, *l. in rem* 23. *ff. de rei vind. §.* 1. *Inst. de action.* possessio, actionem in personam seu interdictum, *l.* 1. *§. pen. ff. de interdict.* ac proinde etiam duobus distinctis judiciis hæc tractanda sunt: cum actiones contrariæ, & incomparabiles cumulari nunquam possint, *l.* 1. *C. de furt. cum ibi not. l.* 16. *C. de inoff. test.* Ant. Fab. *C. suo fort. tit. unde vi defin.* 8. Placet autem possessionis litem prius decidi oportere, ac tum demum de causa proprietatis ab eodem Judice cognosci, *l. ordinarii* 13. *C. de rei vind. l.* 3. *C. de interdict. l. exitus* 35. *ff. de acq. poss. l. ult. C. quorum bonor.* Ex quo intelligimus, nisi prius Judex de possessione judicaverit; jure ab ejus sententia appellari posse, quod & disertè traditum est in *l.* 1. *C. de appell.* Quòd si utramque controversiam & possessionis & simul proprietatis eodem judicio cognosci & terminari volumus, res erit inexplicabilis, & exitum reperire judicium non poterit, *d. l. exitus* 35. *ff. de acq. poss. l. inter litigantes* 62. *ff. de judic. l. liberis* 7. *§. ult. ff. de lib. caus.* quippe cùm ut petitoria actio instituatur, prius constare debeat, quis sit possessor; quia & civilis, & naturalis ratio facit, ut alius possideat; & alius à possidente, qui hic reus est, petat, *§. retinendæ* 4 *Inst. de interdict. d. l. inter* 6. *ff. de judic.* At si Judex de utroque simul cognoscat, sententiam ferre non poterit, quæ judicii exitus est. Nam in petitorio jube-

tur possessorem absolvere, si petitor non probaverit se dominum esse, *l. ult. C. de rei vind.* Sed quomodò possessorem, quem ignorat, absolvet? Ignorat autem quandiu pendet causa possessionis. Quòd si prius de possessione judicari oportet, perspicuum est simul possessorio & petitorio judicio agi non posse. Atque hoc etiam Martinus admisit, cùm de possessione agitur interdicto retinendæ possessionis. Non idem autem nec ille nec plerique alii probant, si de possessione agatur interdictis recuperandæ aut adipiscendæ possessionis, veluti, si quis de fundi possessione dejectus experiatur interdicto unde vi, & idem se fundi dominum dicat: aut hæres interdicto quorum bonorum de adipiscenda possessione rerum hæreditariarum, quarum & idem se dominum esse dicat. Hic statuunt utrumque judicium posse concurrere, ut quis & interdicto experiatur ad recuperandam aut adipiscendam possessionem, & simul judicio petitorio de proprietate, eo quod non minus interdicta hæc quam actio petitoria adversus possessorem dentur, ut nulla hic videatur repugnantia. Sed nec hoc concedendum est; generalis enim hæc sententia est tradita in *d. l. ordinarii* 13. *C. de rei vind.* possessionis quæstionem prius decidi oportere: at in interdictis recuperandæ aut adipiscendæ possessionis etiam de possessione quæritur: ac proinde etiam controversiam ex his natam prius decidi oportet. De specie interdicti unde vi id expressè quoque cautum est, *l.* 1. *C. de appell. l. si de vi* 37. *ff. de jud.* Et ratio juris eadem hic est, quæ in casu superiore: nam nec, cùm interdicto recuperandæ aut adipiscendæ possessionis agitur, constat, uter è litigatoribus pro possessore haberi, & commodo possessionis frui debeat, priusquam de possessione ex interdicto judicatum sit: hoc autem non constituto non potest petitoria actio institui, *l. inter* 61. *ff. de judic.* §. *retinendæ Instit. de interdict.* Nec ad rem pertinet, quod qui possessionem sibi restitui petit, vel nunc primum conatur adipisci, adversarium possessorem agnoscit: nam si rem ipsam & effectum juris spectamus, nemo videtur possidere, qui possessionem retinere non potest, *l. non videtur* 21. *ff. de acq. poss.* Contra verò, qui ad recuperandam aut nancifcendam possessionem actionem habet, perinde habetur, quasi possideret, *l. si quis vi* 17. *pr. ff. eod. l. is qui* 15. *ff. de reg. jur. l. id apud* 143. *ff. de verb. sig.* Proindè sive is revera possidet, bene est: sive non possidet, tamen possessio una cum possessionis commodo ei tribuenda est sententia Judicis: quod si Judex ante omnia non fecerit, justè ab eo provocabitur, *l.* 1. *C. de appellat.* Sed etsi juris auctoritate destitueremur, non aliter tamen respondere possemus propter horum judiciorum contrariam conditionem & finem. Judicii possessorii finis hic est, ut qui eo experitur, possessor judicatus commodo possessionis fruatur; petitorii hæc conditio, ut qui eo agit, petitoris onus in se suscipiat, quæ cùm sint pugnantia, nisi prius de possessione judicatum sit, res exitum habere non potest, *d. l. inter litigantes* 61. *ff. de judic.* §. *retinendæ Inst. de interdict.* Fingamus actorem in possessorio superiorem esse, inutilis tamen hæc ei victoria est, cùm nihilominus petitorio experiens, & in eo perseverans partes petitoris sustinere debeat, quasi commodo possessionis repudiato. Si vincitur, apertè id ei inutile est. Quod si prius in petitorio pronuntietur pro actore, multò minus ulla possessorii utilitas esse potest, cùm ex sententia super petitorio lata plenissima restitutio fieri debeat. Illa autem remedia demum verè cumulari dicuntur, ex quorum utroque aliquid consequi possumus. Quod sic injuria fit possidenti cui ob eam causam & appellare licitum, *l.* 1. *C. de appellat.* Adde, quod si eodem tempore & de possessione & simul de proprietate judicabitur, hinc pro actore, ut is possessor pronuntietur illinc pro reo, ut is declaretur dominus, exibit forma sententiæ, quæ proponitur in *c. cum dilectus ext. de caus. poss. & propriet.* meritò irrisa à Donello in *l.* 3. *n.* 8. *Cod. de interdict.* Nam profectò ridiculum est ut Judex jubeat reum possessionem restituere actori, qui possessor est, & simul eodem momento eademque sententia jubeat eum ipsum actorem restituere possessionem reo, qui dominus est & superior in jure proprietatis. Qui hoc ridiculum esse negant, næ illi ipsi sunt valdè ridiculi. Illud autem absurdum non est, ut lite possessionis prius decisa, atque uni possessione, litis de proprietate ordinandæ gratia, tantisper adjudicata, postea de proprietate idem Judex cognoscens petitori qui se dominum esse in hac lite probavit, possessionem restitui jubeat. Atque hinc jam intelligimus hanc procedendi rationem non modò esse convenientissimam, sed etiam esse necessariam: quippe qua non observata locus sit provocationi.

Non obstat huic sententiæ *l. cum fundum* 18. §. *ult. ff. de vi & de vi armat.* Non enim negamus, quod illic dicitur eum, qui rem vindicare cœpit, posse pendente judicio petitorio, hoc est, interim dum de possessione cognoscitur, dilato interdicto experiri: sed negamus utrumque posse simul jungi, de utroque simul & eodem tempore Judicem posse cognoscere & judicare. Atqui, inquies, is, qui semel actionem proposuit, cogitur perseverare ad finem usque litis *auth. qui semel C.*

quom. & quant. jud. sent. Respondeo, qui interdicto de possessione experitur, pendente rei vindicatione, & interim persecutionem petitorii omittit, is non recusat litem exercere de proprietate, sed recusat in ea lite partes sustinere petitoris, ac se commodo possessoris frui vult, id quod jure postulat, cùm sit possessor, nec vindicando (fortè per imprudentiam) renuntiasse possessioni videatur *l. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acq. poss.* Mirum autem in modum huic sententiæ obstare creditur textus in *l. 6. ff. de except. rei jud.* eoque contrariæ sententiæ auctores præcipuè nituntur, quasi illic Jurisconsultus apertè diceret judicium petitorium & possessorium diversis quidem & separatis actionibus proponi, sed tamen unam sententiam & unum judicati finem sufficere, ut ad utrumque prosit una & eadem exceptio rei judicatæ. Mihi autem mira hæc videtur loci istius interpretatio, cujus simplex & plana, si qua ullius, sententia est, nempe sufficere ad exceptionem rei judicatæ rem quamque semel sententia Judicis terminatam esse; nec debere eam sententiam apud eumdem Judicem retractari. Et obstat magis hic locus contrariæ sententiæ: quod & Ant. Matthæus in *disput. ad l. ordinarii C. de rei vind.* observavit. Nihil etiam adversùs sententiam nostram facit locus Justiniani in *Nov.* 4. *C.* 2. *vers. contra principale.* ubi licentia datur creditoribus adversùs principales debitores pignus pro debito obligatum possidentes utrâque actione simul experiundi, & personali & hypothecaria, nam in cumulatione illa actionis personalis & hypothecariæ, de qua illic Justinianus, nihil est præposteri, ut contra esse ostendimus in cumulatione interdicti cum rei vindicatione; ut ecce, si creditor eodem libello petat, ut aut centum, quæ sibi ex contractu aliquo debentur, solvantur, aut pignus pro ea summa obligatum, cujus possessio penès debitorem sit, sibi restituatur, in hac cumulatione nihil est, quod ordinationem judicii ejusve exitum impediat; sed probato debito, & pignoris pro eo constitutione, Judex debitorem aut solvere jubebit, aut pignus restituere. Utique enim, quod notandum, disjunctim petitio hîc concipienda & libello complectenda est, ut aut solvat debitor, aut pignus restituat, non conjunctim, ut & solvat, & pignus restituat, cum solutione ejus quod debetur, non tantùm debitor ipse, sed etiam pignus liberetur, *l. in omnibus* 43. *ff. de sol.* cum similib. Alia urget Cujacius, *lib.* 2. *obs.* 34. ubi sic argumentatur: Si cœpto & pendente judicio in rem licet agere interdicto uti possidetis, cur non & ab initio utrumque conjungere? Sed, inquam, non sequitur, mutari actio potest, aut interim dum de alia re disputatur, omitti: ergo cùm altera simul jungi & disputari potest, quoniam mutatio nihil habet incommodi *l.* 3. *C. de edend.* conjunctio & cumulatio plurimùm, ut suprà probatum est. Inficiatio, inquit Cujacius, & exceptio conjungi possunt hoc modo, *Nihil debeo; & ut debeam pacto mihi debitum remisisti:* ergò ita potest utraque actio conjungi, possessoria & petitoria, *Tu non possides; sed ego, & ut tu possideas, rem meam esse aio.* Sed mala & hæc Cujacii collectio est. Nam si reus, dum fortè de intentione actoris dubitat, utatur & inficiatione & simul depulsione nihil præposterè facit, aut quod judicii constitutionem exitumve moretur: sed probationis tum hic ordo est ut priùs de sua intentione doceat actor, deinde ad probationem exceptionis tantisper dilatam admittatur reus, *l.* 8. *l.* 9. *C. de except.* Sed nec quod reo, cui semper defendi facultas, *l.* 5. §. *ult. ff. de dol. mal. except.* permittitur, ut scilicet pluribus defensionibus aut exceptionibus simul & eodem tempore uti possit, *l.* 5. *l.* 8. *de except. l. nemo* 43. *de reg. jur.* id continuo & actori concedendum, nempe ut is quoque ex contrario pluribus actionibus simul experiatur, ut jam evicimus. Destinanti rem petere suadet Gajus, ut videat num interdicto aliquo possessionem nancisci queat, quo eam nactus in adversarium transferat onus petitoris, *l. is qui* 24. *ff. de rei vind.* Sed & qui jam cœpit rem vindicare, potest nihilominus experiri interdicto, uti possidetis, *l. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acq. poss.* At ex hoc loco non rectè infertur cumulatio seu conjunctio utriusque judicii. Nam his Jurisconsulti verbis, *non denegatur interdictum uti possidetis, qui cœpit rem vindicare*, non hoc significatur, posse utrumque judicium cumulari, unâque terminari sententiâ, ut malè putat Fachin. 8. *controv.* 6. sed posse eum qui vindicare cœpit, omisso tantisper petitorio, & interim dum de possessione cognoscitur, suspenso & dilato, interdicto experiri, *l. cùm fundum* 18. §. *ult. ff. de vi arm.* ibi *pendente judicio.* Cæterùm ex converso pendente judicio possessorio, petitoria actio institui non potest, quia priùs possessionis causam decidi oportet, quàm ad causam proprietatis veniatur. Planè si quis dùm animadverterit in petitorio se meliùs fundatum esse possessorio renuntiare & ad causam proprietatis transire velit, non est dubitandum, quin id ei concedendum sit: nec sententia lata in possessorio præjudicium ullum petitorio facit, *l.* 14. §. *ult. ff. de except. rei jud.* Jus autem Pontificium hac in re discrepat à jure civili, quod Innocentius Tertius malè intellexit, deceptus *l. cùm fundum* 18. §. 1. *ff. de vi & vi arm.* ut apparet ex *c. pastoralis, ext. de caus. poss. & prop.* ubi eodem judicio &

interdicto recuperandæ seu adipiscendæ possessionis, & simul actione rem experiri permittit, citato dicto juris civilis loco, aliis possessoriis judiciis, ut ipse loquitur, in suo robore duraturis, quæ vindicationem dominii sui naturâ præcedunt, qui & Martini & communis error fuit. Sic idem Pontifex in *c.* Raynutius *ext. de testament.* secutus est communem errorem de duarum quartarum detractione. Apud eumdem *c. cùm dilectus de caus. poss. & propriet.* habes deridiculam illam sententiam, quam suprà explosimus ad Donellum & Gifanium ad *l.* 3. *C. de interdict.* Papon. *lib.* 8. *tit.* 12. *arrest.* 4. Charond. 4. *resp.* 28.

CAPUT LX.

Exceptio divisionis qualis sit, & quandò proponenda?

PLúres fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ debitæ in solidum singulos teneri, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit, explorati juris est, *l. si plures* 4. *Inst. de fidejuss. l.* 3. *C. eod.* Neque hoc jus mutatum est *Nov. de reis promit.* 29. unde *auth. hoc ita C. de duob. reis.* Rectè enim vulgò recepta hæc sententia est, eam constitutionem quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cùm plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, quâ mente id fiat, utrùm sicut solidum verbis, ita re quoque promisisse videantur; an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint, cujus dubitationis causam sustulit Justinianus, cavens ne plures ejusdem pecuniæ promittendi rei aliter in solidum singuli obligentur, quàm si nominatim id actum sit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cùm horum singuli promittant id quod reus debet, & quantùm debet. Tenentur ergò singuli plurium fidejussorum in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterum hoc beneficium epistolâ Divi Hadriani illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *d.* §. 4. *Institut. de fidejuss. l. si plures* 27. *l.* 3. *C. eodem.* Estque hoc beneficium, quod vulgò *divisionis* appellatur: competitque non fidejussoribus tantùm, verùm etiam cæteris accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, *l. ultim. C. de pecun. constitut.* Locus autem est huic beneficio seu exceptioni dividendæ actionis, cùm plures sunt fidejussores. Et explosus fuit Advocatus Leydensis Tobias ex Alto, (insignis alioqui & celebris practicus) qui huic exceptioni locum esse contendebat etiam ubi unus tantùm fidejussor est, nempe ut actio inter reum principalem & fidejussorem divideretur: de quo integram ille consultationem conscripsit: sed egregiè confutatur textu *l. si plures* 27. *§. ult. ff. de fidejuss.* Quid si in pluribus fidejussoribus accipiendis expressè convenerit, ut singuli in solidum teneantur? Nihilominùs hoc beneficio gaudebunt, cùm etsi hoc adjectum non est, singuli in solidum teneantur, nec conventio ista conditionem juris & constitutionem mutat: postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur: *l.* 3. *de fidejuss.* & secundum hoc Lutetiæ judicatum refert Pap. *l.* 10. *tit.* 4. *arrest.* 23. Cæterùm non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgetur, quàm si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ, ita & ejusdem debitoris sint fidejussores: inter plures enim diversorum debitorum, licet ejusdem summæ fidejussores, actio non dividitur *l. si plures* 27. *§. ult. l. si à Titio* 43. *ff. eod.* Exemplo fidejussorum datur hoc beneficium & pluribus tutoribus, qui semel tutelam gesserunt, aut quorum nemo gessit, & solvendo sunt, *l.* 1. §. *nunc tractemus* 10. *& seqq. ff. de tut. & rat. distr. l. si plures* 38. *& tibi DD. ff. de admin. tut.* Paul. Mont. *tract. de jur. tut. c.* 39. *num.* 149. Datur & plurium tutorum fidejussoribus, *l.* 6. *l.* 7. *ff. de fidejuss. & nominat. tut.* pluribus autem unius tutoris fidejussoribus non datur, *l. ult. ff. rem pup. salv. for.* ubi & ratio. Enimverò in hac divisione notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed ope exceptionis, *l. inter fidejussores* 26, *ff. de fidejuss.* Inter quæ multùm interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantùm viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis fortè aliqui non essent idonei. Quin & si quis solidum solvisset, partem condicere, tanquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere ostendit, *d. l. inter fidejussores*, & *l. si testamento* 49 §. 1. *ff. eod.* Porrò duæ sunt conditiones sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus indulgetur: una est, si fidejussores non negent se fidejussores esse: inficiantibus enim auxilium divisionis dari non placuit, *l. si dubitet* 10. §. 1. *ff. eod.* Altera est, si omnes fide-

jussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo, tempore lis contestatur, §. *plures Instit. l. inter eos* 51. §. 1 *ff. eod.* Quod placet in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet, primùm ut sciamus, si quis è fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, id cæteris qui solvendo sunt, non prodesse: deinde si omnes tempore litis contestatæ solvendo fuerint, & posteà aliqui minùs idonei esse cœperint, quamvis ante sententiam eam rem ad onus eorum qui solvendo sunt, non pertinere, *d. l. inter eos §. penul. d. § si plures.*

De illo non convenit, quandò exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque ut actio dividatur. Petrus de Bellapert. putavit hanc exceptionem opponi debere antequam lis cum uno ex fidejussoribus contestata sit; quem & Cynus & alii secuti sunt. Moventur primùm eo quod in §. *si plures Inst. de fidejuss.* dicitur compelli creditorem partem à singulis fidejussoribus, qui modò solvendo sunt tempore litis contestatæ, petere: si quis autem eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerare: unde rectè sibi visi sunt colligere, eodem quoque tempore hanc exceptionem opponendam petendamque actionis divisionem. 2. Per *l. liberorum* 16. *C. de fidejuss.* ubi disertè scriptum est, post litis contestationem petitionem divisam redintegrari juris rationem non pati: ex quo iterùm, ut suprà, colligunt, post litem contestatam exceptioni divisionis locum non esse. 3. Ex eo quod fidejussori inficianti beneficium divisionis denegatur, *l. si dubites* 10. §. 1. *ff. eod.* litis autem contestatio non nisi negativè à parte ejus qui convenitur fieri potest, *l. 2. C. de jurej. prop. cal. l. rem non novam* 14. §. 1. *C. de jud.* Sed verius est, quod & communiter placuit, etiam post litem contestatam divisionis exceptionem opponi posse, & sufficere si quandoque ante sententiam allegetur, *l. fidejuss.* 10. §. 1. *C. eod.* ubi Alexand. Imp. Vitali ita rescribit. *Ut is qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem & ex ordine postulari solet.* Frivolum autem est quod respondent, exceptionem, quæ ante litem contestatam opponitur, utique etiam opponi ante sententian seu condemnationem; nam utique hoc falsum est, exceptionem, quam ante sententiam opponi sufficit, eam opponendam esse ante litis contestationem. Ait Imperator, *ex ordine populari solet*; id est servato ordine earum defensionum, quæ fidejussoribus competere solent. Fieri enim potest, ut fidejussor in solidum conventus plures habeat defensiones, aut saltem plures alleget v. c. si dicat se non teneri, quia reus principalis liberatus sit, vel ipso jure vel per exceptionem, aut si ex sua persona utatur exceptione vel pacti, vel jusjurandi, &c. His autem defensionibus cùm se exclusum videt, rectè atque ordine ad hanc exceptionem confugit, ac desiderat, ut pro parte tantùm conveniatur. Hoc verò postulari potest & solet ante sententiam seu condemnationem, ut verba rescripti habent. Non obstat *d. §. si plures, Instit. de fidejuss.* neque enim hoc ibi dicitur exceptionem hanc proponendam esse ante litem contestatam: sed hoc solummodò, si tempore litis cum uno contestatæ, quidam non sint solvendo, hoc ad onus cæterorum pertinere. Quamvis hæc autem exceptio post litem contestatam allegetur, non eo tamen minùs actio inter eos dividi potest, qui tempore litis contestatæ solvendo fuerunt, & dividenda est, si is qui hâc exceptione utitur, probet alios quoque eo tempore solvendo fuisse, *l. inter eos* 51. §. 1. *ff. eodem*, Mantic. *de tac. & ambig. conv. lib.* 16. *tit.* 19. *n.* 2. in *d. l. liberum* 16. *C. eod.* proponitur, casus, quo creditor cum omnibus fidejussoribus simul egit, cum singulis autem pro parte; atque ita actionem suam inter fidejussores pro parte cum singulis agendo ipse ultrò divisit. Eum autem, qui hoc fecit, respondet Gordianus non posse post litis contestationem actionem divisam instaurare, hoc est, ab eo qui pro parte conventus erat, solidum non posse petere ex persona eorum qui solvendo non sunt, aut ab initio solvendo non fuerunt: quia creditor actionem inter fidejussores sponte suâ dividendo solidi petitioni renuntiare intelligitur: ac proinde beneficium epistolæ ad hunc non pertinet. Non movet, quod nemo litem contestando deteriorem conditionem suam facit *l. don. solet* 86. *& seqq. ff. de reg. jur.* Neque enim litis contestatio hoc, quod dicimus, efficit, sed actionis divisio, quamvis illa non nisi lite cum singulis pro parte contestata dividatur. Nimis autem levé est quod est *l. decima* §. 1. *ff. de fidejussor.* objicitur, fidejussori inficianti auxilium epistolæ non indulgeri: quippe cùm non simplex inficiatio, fidejussores, ab hoc beneficio removeat, puta si negent se teneri, sed si negent se fidejussores esse, si inficientur se fidejussisse. Non utor ad confirmationem nostræ & communis sententiæ argumento vulgari: quòd exceptio divisionis sit exceptio peremptoria: quod quidem etsi verum est licet Glossa hæsitet, & magis putet esse anomalam; utique enim perimit intentionem creditoris pro parte, nec ad onus aliorum pertinet, quod actione divisâ quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt, *l. inter eos* 51. *pen. §. eod.* dubito tamen an verum sit quod vulgò traditur, exceptiones peremptorias etiam non contestatas

in strictis judiciis usque ad sententiam rectè opponi propter *l. 9. de præscript. long. temp. l. 8. l. 9. C. de except. junct. l. ut fundus ff. comm. divid.* quanquam id hodiè sublato ferè judiciorum bonæ fidei & stricti juris discrimine admitti potest. Sed ut etiam exceptiones peremptoriæ initio litis contestandæ sint, ut ita demùm posteà ad probationem & disceptationem rectè opponantur, quòd satis apertè loca citata ostendunt: Vid. Donell. *ad l. 8. C. de except.* sciendum tamen est, quæ de exceptionibus in exordio litis contestandis illic dicuntur, ea pertinere duntaxat ad exceptiones facti, quibus aliquid factum intendimus, quod proinde etiam probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus 19. ff. de probat.* quæ enim facti quæstionem habent: non possunt intelligi in judicium deduci, nisi facti contestatione. Diversa autem causa est exceptionum juris, hoc est, earum quæ alicui conditione ipsâ personæ jure tribuuntur, qualis est exceptio divisionis fidejussoribus epistola D. Hadriani tributa, quod genus contestari necesse non est, sed quandoque ante condemnationem allegari sufficit. Nam auxilium divisionis satis sub appellatione & persona fidejussoris in judicium deducitur, cùm fidejussori jure tribuatur hoc ipso quod fidejussor est. Jam autem quæ juris sunt, ea ad officium Judicis pertinent, etiam si nominatim à partibus petita non sint, *l. un. C. ut quæ desf. adv. par. jud. supp.* & multò magis igitur, si petita erunt, ut hoc beneficium postulari debere dicimus. Quidam putaverunt exceptionem divisionis etiam post sententiam opponi posse in executione judicati, & hic etiam hæsitat Accursius. Sed benè DD. *comm. in d. l. 10. C de fidejuss.* Gomez 2. *var. resol. c. 13. n. 15.* Zanger *tract. de except. part. 3. c. 19. num. 4.* id negant. Cur enim diceret Imperator, ante condemnationem postulari solere, ut actio dividatur, si item postulare liceat etiam post sententiam, cùm jam is, cum quo actum est, in solidum est condemnatus. Sanè ratio juris non patitur, ut actio judicati creditori semel in solidum quæsita adversùs eum qni se passus est in solidum condemnari, posteà parte duntaxat oblatâ ei invito adimatur, per *l. ult. ff. de pact. l. habere 57. in fin. ff. de evict.* quanquàm, hoc non obstante, rectè defenditur, posse hanc exceptionem opponi in secunda instantia, licet post priorem sententiam, quia appellatio suspendit, imò extinguit judicatum, & reponit rem in eum statum, in quo erat ante sententiam, *l. 1. §. ult. ff. ad senat. Turpill.* Sichard. *in d. l. 10. num. 13. C. de fidejuss.* Zanger. *&* Gomez. *ubi suprà.* Nihil adversùs hæc facit, quod exceptio cedendarum actionum, etiam postquam unus è fidejussoribus condemnatus est, opponi potest, *l. si fidejussores 41. §. ff. de fidejussor.* Nam illa non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. Multùm quippe interest, utrùm fidejussor condemnatus postulet adhuc actionem dividi cum reliquis fidejussoribus, an actionem adversùs eos sibi cedi. Nam qui divisionem postulat, is contrà sententiam postulat, ne solidum solvat: qui cessionem desiderat, is declarat se paratum esse solidum secundùm sententiam solvere, dùm sibi adversùs cœteros fidejussores consulatur. Similiter quod in exceptionibus peremptoriis SCtorum Vellejani & Macedoniani, quæ publicæ utilitatis causâ maximè introductæ sunt, placuit, ut hæ etiam post sententiam opponi possint, *l. tamen 11. §. de senat Maced.* id nequaquam cum Jacobo de Butrio ad exceptionem divisionis trahi debet Sichard. *in d. l. 10. C. de fidejuss. num.* 10. Nihil denique contrarii habet responsum Papiniani in *l. inter eos 51. §. ult. ff. eod.* Loquitur enim de fidejussore damnato non nomine fidejussionis, sed damno capitis, ita ut propter damnationem bona ejus fisco vindicarentur: quo casu potest quidem adhuc creditor adversùs alios fidejussores jus suum exequi: sed hic fidejussores rectè postulabunt, ut inter eos qui solvenda sunt, actio dividatur: in quo numero etiam fiscum, qui damnato successit & hæredis loco est, habendum scribit Papinianus.

CAPUT XLI.

An fidejussor ad certum tempus acceptus eo tempore lapso, obligatus maneat, & quomodò?

ELegans quæstio est, an fidejussor qui ad tempus pro aliquo spopondit, exacto eo tempore, adhuc teneatur, & quomodò? Putamus autem in hâc quæstione rectè sentire eos qui negant, post tempus definitum, fidejussorem sine novo ejus consensu, vel ex repetito cum debitore contractu, vel omninò in futurum obstringi: in præteritum verò, seu respectu obligationis pro qua intervenit, efficaciter obligatum manere, exempli gratiâ, Matth. Colerus, ut ipse de se testatur, *de process. exec. p. 1. cap. 10. n. 310.* pro officiali quodam & rationibus ejus in annum fidejusserat. Expleto eo spatio, officium prorogatum, sive ut nunc loquuntur,

officiali continuatum est in consulto Colero fidejussore. Hic dicimus Colerum ex fidejussione sua teneri quidem etiam post annum, quo officium reo prorogatum est, sed tantùm de periculo temporis præteriti, seu prioris anni quo solo fidejussor fuit, non autem temporis futuri seu annorum insequentium. Igitur hoc primum dico, fidejussorem, qui ad certum tempus se obligavit, finito eo tempore, in posterum non teneri, nec ex novo seu iterato cum debitore contractu obligari. Si ratio hujus assertionis quæritur; certum est eum, qui ad tempus fidem suam interponit, nolle post id tempus obstringi: at extra verba & conventionem fidejussio non est extendenda, cùm sit contractus stricti juris, *l. quidquid 99. ff. de verb. oblig.* Hering. *de fidejuss. c. 2. n. 30. & c. 24 n.* 33. Et in universum obligatio limitata ad certum tempus non potest invito obligato in longius tempus prorogari, ut bene Ferrar. *in form. libell. cont. plur. reos debend. vers. solutionem facere recusaverunt num.* 2. Hinc rescriptum est, fidejussorem, qui in certum tempus judicio sisti aliquem promisit, in tantum tempus duntaxat teneri in quantum se obligavit *d. l. si fidejussor. 26. vers nisi in certum tempus C. de fidejussor.* Et responsum, si in primò compromisso per fidejussores cautum fuerit, & iidem in sequenti fidejubere noluerint, alios in eo adhibendos, *l. Labeo 25. §. ult. ff. de recept. arbitr.* Si auctoritas quæritur, notabilis & apertus in hanc rem textus est in *l. si cum Hermes 7. C. de locat.* ubi cùm quidem pro alio conductionis temporalis nomine fidem suam obligasset, & conductor finito tempore conductionis sine consensu fidejussoris in condictione detinetur, disertè respondet Alexander, fidejussorem non oportere de posterioris temporis periculo adstringi, nempe quoniam alia & nova hic conditio finita priore intervenit, *l. qui ad certum 14. ff. locat.* & consequenter nova obligatio, cujus periculum ad fidejussorem prioris obligationis sine novo ipsius quoque consensu pertinere non potest. Atqui, aiunt nonnulli, pignora prioris obligationis in reconductione obligata manent, *l. legem 16. C. de locat.* pignorem autem fidejussorum par causa est, *l. promiss. 21. §. ult. ff. de pec. constit. l. 1. §. jubet autem 9. ff. de collat. l. 4. §. adduci 8. de fideic. libert.* Respondeo, renovata tacitè conductio cum vinculis pignorum renovata censetur, sed nempè ipsius conductionis, qui ultrò se in nova obligatione constitui passus est; non autem si alius pro eo in priore conductione res obligavit, sine novo hujus consensu, *l. item. quæritur. 13. §. ult. ff. locat.* ac proinde nec prioris conductionis fidejussores, ea renovata sine novo & expresso eorum consensu in futurum obligantur.

Neque hic nobis objiciat, quis, tempus non esse modum tollendi obligationem, *l. obligationem 44. §. 1. ff. de oblig. & act.* nam cùm fidejussoris obligatio certo tempore circumscribitur & limitatur, id non tam eo spectat, ut tempore obligatio finiatur, quàm ut ne post illud tempus aut pro alterius temporis obligatione fidejussor teneatur: quemadmodum si cùm ducenta deberentur, in centum fidejussor datus est, nemo dixerit fidejussionem respectu residui finitam esse: at sicut summa, ita & dies pars est stipulationis *l. 1. §. 2. ff. de edend.* Ant. Fab. *Cod. suo for. de fidejuss. defin.* 25. Valent. Reimer *quæst. illustr. dec. 10. c.* 4. Hering. *d. tract. c. 20. §. 18. n. 4. & 5.* Et utique alias in omnem eventum tueri se poterit fidejussor exceptione pacti conventi vel doli mali *d. l. 44 §. 1. ff. de oblig. & act. l. eum qui 56. §. qui ita 4. ff. de verb. oblig.* In tantum autem hæc vera esse arbitramur, ut etsi fidejussor cautionem sibi reddi post repetitum contractum non postulaverit, nihilòmagis ex nova obligatione teneatur. Quippe fidejussio nunquam fit tacitè citra verba & stipulationem, *l. 5. §. 2. ff. de verb. oblig. l. blanditus 12. C. de fidejuss.* & translatitium est in fidejussionibus stipulationem loco formæ esse, Hering. *d. tr. c. 11. num 1. & seq.* quod ideo hic notare visum, ne quis putet fidejussori necessariam hic esse aut potestationem aut cautionis repetitionem, propterea quod in *d. l. si cum Hermes C. de locat.* mentio fit repetitæ à fidejussore cautionis: neque enim hoc ideo memoratur, quia id necessarium, sed quia factum fuit, cujusmodi sexcenta alia ex facti contingentia in Codice narrantur à Consultoribus, & in rescriptis iterantur, quæ tamen ad causæ decisionem nihil aut parum faciunt, ut vel leviter in jure versatis notum est. Sic etiam Colerus loco supra citato cautionem suam fidejussoriam se repetisse memorat, non quia id necessarium putavit, sed quia id fecerat, dubitationis omnis scilicet tollendæ gratia. Quòd verò prorogatione solutionis non liberetur fidejussor, qui ad certum tempus se obligavit, id longe aliam rationem habet: multùm enim interest inter prorogationem solutionis, quæ fit salva obligatione principali, & prorogationem quam vocant obligationis, quæ est obligationis finitæ novo contractu interveniente renovatio. Sed de eo uberius in *quæst. seq.* Ex converso autem dicimus fidejussorem in proposito firmiter obligatum manere in præteritum, id est, nomine ejus quod ex causa prioris contractûs, pro quo intervenit, deberi cœpit. Quoniam licèt prior ille contractus expiraverit, obligatio tamen, ex eo contractu nata adhuc manet, & tandiu durat,

donec creditori solutum aut aliter ei satisfactum sit. Neque enim tempore obligationes pereunt, *l. obligationem* 44. §. 1 *verf. placet etiam ff. de oblig. & act.* nisi post triginta annorum curriculum, *l.* 3. *C. de præscr.* 30. *ann. l.* 1. §. 1. *de annal. excep.* adde *l. si alienam* 9. §. *omnis pecunia* 3. *ff. de pign. act. l. grege* 13. §. *etiam* 4. *ff. de pignor.* facit *l. nemo potest* 35. & *l. seqq. ff. pro soc.* cum similibus. Sed & firmum hujus assertionis argumentum duci potest ex *d. l. si cum Hermes C. de locat.* Nam cum Imp. illic sic rescribat, non oportere fidejussorem ad certum tempus obligatum de posterioris temporis periculo adstringi, hoc ipso non obscurè significat eum adstringi periculo temporis prioris: cui simile habemus in *l. ult. C. in quib. caus. tut. hab.* Nimirum unius exclusio, alterius esse solet inclusio, *l. cum Prætor.* 12. *ff. de judic. lex ex eo* 18. *ff. de test.* Et argumentum à contrario sensu validè procedit, *l.* 1. *ff. de offic. ejus, cui mand. jurisd.* nisi aut manifesta juris ratio aut expressi textus refragentur. Præs. Everh. *in hoc legal. loc.* 82. *n.* 4. Sic fidejussio dicitur in tantum tempus extendi, in quantum attestatio fuerit expressa *l. sancimus* 27. *verf. tunc enim C. de fidejuss.* venditor, qui se periculo subjecit designato tempore, in id tempus periculum sustinere, quoad se subjecit, *l.* 1. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Denique æquè iniquum foret, verbi causa, fidejussorem conductionis in quinquennium factæ teneri ea renovata de sexti anni pensione, quàm iniquum foret eum renóvatione conductionis liberari in quinquennium præteritum. Alia autem causa est novationis, seu prioris debiti in aliam obligationem conversionis, hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituitur obligatio ut prior permatur, *l.* 1. *ff. de novat.* §. *præterea* 3 *Inst. quib. mod. toll. oblig.* quippe cujus rei hic effectus est, ut etiam accessiones, & incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, quasi solutione facta *l. si rem* 21. §. *verf. eo magis ff. de novat.* simul evanescant, & consequenter, ut non in futurum tantùm, verùm etiam in præteritum fidejussores prioris obligationis liberentur, *l. si creditor* 15. *l. novatione* 18. *l. aliam* 29. *ff. de novat. l. in omnibus* 43. *ff. de solut. l. ubicunque.* 60. *ff. de fidejuss. l.* 4. *C. eod.* Consentiunt Hering. *tract. de fidejuss. c.* 20. §. 18. *n.* 4. & *seqq. junct.* §. 12. *n.* 5. *c.* 7. Ant. Fab. *Cod. for. de fidejuss. dec.* 25. *Specul. lib.* 4. *part.* 3. *de fidejuss.* §. 1. quanquam obscurè loquitur. Valent. Reimer. *dec.* 10. *quæst. Illustr. cap.* 4.

CAPUT XLII.

An prorogatio termini solutionis liberet fidejussorem?

VIcina superiori, ac tantùm non ex iisdem fundamentis juris decidenda quæstio est, an prorogatione termini solutionis, id est, si creditor debitori ignorante fidejussore tempus ad solvendum præstitutum prorogaverit fidejussor liberetur. Speculator *lib.* 4 *part.* 3. *tit. de fidejuss.* §. 1. *verf. illud autem quæritur*; & ibi Joan. Andr. *in addit.* Ferrar. *in form. libell. contr. plures debent.* §. *solutionem facere recusaverunt*, aliique relati apud Berlich. *part.* 2. *concl.* 25. *n.* 2. putaverunt prorogatione temporis ad solvendum constituti liberari fidejussorem sine ulla distinctione. Alii verò distinguunt, utrùm fidejussor simpliciter sine adjectione temporis fidem suam interposuit, an verò ad certum duntaxat tempus se obligavit: priore casu negant prorogatione solutionis effici, ut fidejussor liberetur, posteriori autem casu contendunt data prorogatione termini fidejussorem liberari. Et hæc est communis Interpretum opinio, ut videre est apud Gomez. *lib.* 2. *var. resolut. c.* 13. *n.* 21. Fachin. *lib,* 2. *contr.* 88. Hering. *tract. de fidejuss. c.* 20. §. 12. *num.* 2. & 3. Berlich. *d. p.* 2. *concl.* 25, *num* 18. cui etiam Fachinæus & Berlichius assentiuntur. Sed verius est neutro casu prorogatione solutionis liberari fidejussorem: nec ullus in jure nostro locus produci potest, quo contrarium probetur, sive fidejussio tempore determinata sit, sive indeterminata. Abutuntur autem Interpretes locis quibusdam, veluti *l. si cum Hermes* 7. *C. de locat. l. item quæritur* 13. §. *ult. ff. eodem.* quippe quibus locis non agitur de prorogatione solutionis, sed de obligationis, pro qua fidejussor intervenerat, finita renovatione: nec illud dicitur fidejussorem renovata obligatione liberari: sed renovatæ obligationis periculum ad eum non pertinere: cæterum ex priore contractu obligatus esse propterea non desinit, ut superiore capite plenè demonstravimus. Igitur si debitori, qui ad certum diem se soluturum promiserat, eoque nomine fidejussorem dederat, creditor inscio fidejussore facultatem solvendi in longius tempus prorogavit, negamus idcirco fidejussorem

fidejussorem liberatum videri: cum principalis obligatio salva maneat. Non enim tempus in obligatione fidejussoris appositum est ad finiendam aut limitandam obligationem, quo casu aliud dicendum esset, respectu periculi sequentis temporis, *d. l. si cum Hermes. C. de locat.* sed ad faciendam solutionem & exactionem, Gabriël. *lib.3. comm. opin. tit. de fidejuss. concl.* 3. Coler. *de processʃ. execut. p.* 1. *c.* 10. *n.* 2. 98. *& seqq.* durior fit conditio fidejussoris. Nam si jamdiu in obligatione mansit, nec diutius manere velit, potest ille sibi consulere ordinario juris remedio, quemadmodum & si reus labi facultatibus inciperet *l.* Lucius 38. *ff. mandat. l. si pro ea* 10. *C. eod. c. ult. ext. eod.* Quod si nec solvere ipse velit, nec petere adhuc possit, ut à fidejussionis periculo eximatur, boni consulere debet, quod dilationis reo concessæ beneficium sibi commune futurum sit ut tardius ad solutionem urgeatur: nam dilatio reo data, danda etiam est fidejussori, *l. ult.* §. 1. *C. de usur. rei jud. l. si unus* 27. §. 1. *ff. de pact.* qui proinde, & ipse tanto plus habiturus sit intermedii temporis & spatii ad solvendum, *l. quod certa* 70. *ff. de solut.* Ant. Fab. *C. suo for. tit. de fidejuss. defin.* 25. Hering. *d. tract. c.* 20. §. 1. *n.* 6. *& seqq.*

Hoc igitur posito, quod prorogatio termini solutionis tantum differat exactionem, & manente principali obligatione moram debitoris dumtaxat tollat, quæ alias & fidejussori, maximè in omnem causam obligato, noceret *l. si quis* 24. §. 1. *ff. de usur. l. mora* 88. *ff. de verb. oblig. l. quaro* 54. *ff. locat.* necessario sequitur prorogatione non liberari fidejussorem, sed manere obligatum, sive simpliciter, sive cum adjectione temporis se obstrinxerit: nam prorogatio fit cum omnibus suis accessoriis & qualitatibus, Gomez. & Coler. *ubi supra.* Perez. *ad Cod. tit. de fidejuss. n.* 44. nec ulla hic intervenit aut obligationis finitæ repetitio, ut possit dici in futurum liberatus, sicut in casu, *l. si cum Hermes C. de locat.* aut novatio, per quam prior obligatio tollatur, & nova in locum sublatæ verbis stipulationis substituatur, ut possit dici plenissimè atque etiam in præteritum liberatus; qui novationis effectus est, *l. novatione* 18. *ff. de novat. l. ubicumque* 60. *ff. de fidejus. l.* 4. *C. eod.* Respondet Berlichius, regullam ilam, quod prorogatio secum trahit accessiones, de iis tantum accessionibus intelligendam esse, quæ ab ipsis contrahentibus dependent, *arg. l. item quæritur.* 13. §. *ult. ff locat.* Sed non animadvertit hac responsione effici, ut & fidejussor, qui simpliciter sine adjectione temporis intervenit, prorogatione termini liberetur: quod tamen & ipse negat & perspicuè falsum est. Quod si quis dicat fieri posse, ut data dilatione ad solvendum debitor interim labatur facultatibus: iniquum autem videri, ut factum creditoris fidejussori noceat; is sciat è contrario etiam fieri posse, ut debitor interim facultatibus augeatur, & prorogatio fidejussori prosit; denique dilationes hujusmodi, ex humanitate fere indulgere solere ad petitionem debitorum, quibus in præsentia solutio difficilis, ut interea temporis pecuniam conficere & solutionem expedire queant, *l. promissor.* 21. §. 1. *ff. de pecun. constit.* & similib. unde porro & ipse fidejussor hoc commodum sentit, ut nec ille toto ex tempore, quamvis novo beneficio, exceptioni videlicet ordinis & excussionis, renuntiaverit, conveniri possit. Denique potest fidejussor, reo moram nectente ipse in tempore solutionem offerre, & quod pro eo solvit, actione mandati, dum adhuc idoneus est, repetere, *l. idemque* 10. §. *fidejussores* 11. *ff. mandat. l. mora* 88. *ff. de verb. oblig.* Errant autem illi, qui putant fidejussorem liberari, si creditori denuntiaverit, ut debitorem in tempore ad solvendum compelleret, isque dum cessat, debitor desierit esse solvendo. Nam in fidejussore subsidiario (quem vulgo fidejussorem indemnitatis, quanquam improprie vocant) singulare hoc est, ut si creditorem opportune commonuit de exigendo debitore, & creditore cessante debitor fortunis exutus est, rectè recuset actionem contra se creditori dari, *l. si fidejussores* 41. *pr. ff. de fidejuss.* Secus autem est in fidejussore simplici, per textum expressum in *l. si fidejussor.* 62. *ff. eod.* Nec obscura est diversi juris ratio. Nam fidejussor indemnitatis non idem promittit, quod reus debet, sed quod à reo servari non poterit: ut hujus fidejussoris obligatio conditionalis sit, nec prius ex natura conventionis cum eo agi possit, quam facultates rei ex causa judicati excussæ sint, ut certo constet eum non habere unde solvat, *l. decem stipulatus* 116. *ff. de verb oblig.* Quare si talis fidejussor, quod ei conditio stipulationis permittit, creditorem tempestivè monuerit, ut debitorem exigeret, & creditore cessante, ille postea solvendo esse desierit, perinde hoc habendum ac si non contigisset, quoniam suum à debitore servare potuit, & monitus debuit, *arg. l.* 155. *& l.* 161. *ff. de reg. jur.* At cæteri fidejussores idem, quod reus principalis, promittunt, & statim ab initio una cum reo obligantur, ut nulla sit in hujusmodi fidejussoribus conditio, quæ creditorem certo tempore cum reo agere cogat, & cessantem eum fidejussore prohibeat Zas. Donell. Costal. & DD. comm. *in l. ult. ff. de reb. trad. & in d. l. decem stipulatus.* Gail. 2. *obs.* 27. *n.* 13.

Gomez. 2. *resolut. c.* 13. *n.* 9. Cæterum aliud dicendum videtur post constitutionem Justiniani de fidejussoribus non conveniendis, nisi post reum principalem excussum, *Nov.* 4. *auth. præsente. C. de fidejuss.* ut jam omnis fidejussor, propter beneficium ordinis & excussionis, in subsidium obligatus videri possit, nisi huic beneficio renunciaverit, & consequenter, si denuntiaverit creditori, ut debitorem in tempore conveniret, & illo moram interponente debitor inidoneus factus sit, recte eum postulare, ne contra se actio detur, *arg. d. l. fidejussores* 41. *ff. de fidejuss.* ita docet, Gomez. *d. c.* 13. *n.* 9. post Baldum *in l. ult. ff. de reb. cred.* Paul Castr. *in d. l. si fidejussores col.* 1. Panorm. *in C. fin. ext. de fidejuss.* Sed vix est, ut hoc iis largiri possim. Neque enim hoc vult Justinianus *d. Nov.* 4. ut fidejussores simpliciter accepti id quod promiserunt, debeant sub conditione, si creditor id à reo servare non possit, sed cum simpliciter, ut ante, obligati maneant, hoc beneficium iis tribuit, ut non prius à creditore efficaciter conveniri possint, quam ille cum reo principali egerit, eumque excusserit. Quamobrem dum creditor hoc faciat aliquando, satisfacit constitutioni: nec ab illo exigendum, ut certo tempore præcisè cum reo experiatur, contra formam stipulationis, & veteris juris, quod proponitur in *l.* 62 *ff. de fidejuss.* nec *d. Nov.* 4. mutatur, rationem: denique contra regulam vulgo receptam, ut nemo invitus agere cogatur, *tit. C. ut nem. invit.* Plures differentias inter fidejussorem simplicem & subsidiarium, quæ hodieque manent, reperies apud DD. *in l. ult. pr. ff. de reb. cred.* præsertim apud Zasium, *ibid. n.* 3. & *seqq.*

FINIS.

LICENZIA.

NOi Riformatori dello Studio di Padova, Avendo veduto per la fede di revizione, ed' approbazione del P. Fr. TOMMASO MARIA GENNARI Inquisitore, nel Libro intitolato: *ARNOLDI VINNII JC. in quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus & Forensis, editio novissima expurgata, &c.* non esservi cosa alcuna contro la santa fede Cattolica, e parimente per attestato del Segretario nostro, niente contro Principi e buoni costumi; concediamo licenza, che possa essere stampato osservando gli ordini in materia di stampe, e presentando le solite Copie alle publiche Librerie di Venezia, e di Padova.

ANDREA SORANZO, Proc. Rif.
PIETRO GRIMANI, Kav. Proc. Rif.

AGOSTINO GADALDINI, Segret.

APPROBATIO.

EX mandato Illustrissimi Galliarum Cancellarii, perlegi *Arnoldi Vinnii in quatuor Libros Institutionum Commentarium, cui præter Auctoris Notas Commentario adjunctas, accedunt ejusdem Quæstiones Juris Selectæ, & Johannis Gottlieb. Heineccii in ipsum Notæ*; nihilque Editionis iterationi visum est obstare. Parisiis, die tertia Decembris, anno Domini 1744.

RASSICOD.

PRIVILEGE DU ROI.

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE; A nos Amés & Féaux Conseillers, les Gens tenant nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand Conseil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans Civils & autres, nos Justiciers qu'il appartiendra, SALUT. Notre bien Amé PIERRE BRUYSET, Libraire à Lyon, Nous ayant fait exposer qu'il désireroit faire réimprimer & donner au public des Livres qui ont pour titre: *Vinnius ad Instituta & Selectæ Quæstiones & Notæ Heineccii*; *Hermenegildi de Roxas de incompatibilitate Regnorum & Majoratuum*; *Antonii Gomezii Opera Juridica cum Additionibus de Ayllon*; *Molina de Hispaniorum primogeniorum origine & natura, cum additionibus*; *Vallensis paratitla Juris Canonici; cum novo Tractatu*; *Thomæ Carlevalii de Judiciis, de foro competenti, & legitima Judicum potestate Tomi duo*; s'il nous plaisoit de lui accorder nos Lettres de Privilege sur ce nécessaires. A CES CAUSES, voulant traiter favorablement ledit Exposant, Nous lui avons permis & permettons par ces Présentes, de faire réimprimer lesdits Livres en un ou plusieurs Volumes, autant de fois que bon lui semblera, & de les vendre, faire vendre & débiter par tout notre Royaume, pendant le temps de quinze années consécutives, *à compter du jour de la date des Présentes*: Faisons défenses à toutes sortes de Personnes de quelque qualité & condition qu'elles soient, d'en introduire d'impression étrangere dans aucun lieu de notre obéissance; comme aussi à tous Imprimeurs, Libraires & autres, d'imprimer, faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire lesdits Livres, ni d'en faire aucuns Extraits, sous quelque prétexte que ce soit, d'augmentation, de correction, changement, ou autre, sans la permission expresse & par écrit dudit Exposant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiscation des Exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenants, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, l'autre tiers audit Exposant, ou à celui qui aura droit de lui; & de tous dépens dommages & intérêts. A la charge que ces Présentes seront enrégistrées tout au long sur le Registre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, dans trois mois de la date d'icelles; que la réimpression desdits Livres sera faite dans notre Royaume & non ailleurs, en bon Papier & beaux Caracteres, conformément à la feuille imprimée attachée pour modele sous le contre-scel des Présentes; que l'Impétrant se conformera en tout aux Réglemens de la Librairie, & notamment à celui du 10. Avril 1725. Et qu'avant de les exposer en vente, les imprimés qui auront servi de copie à la réimpression desdits Livres, seront remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée, ès mains de notre très cher & féal Chevalier, le sieur DAGUESSEAU, Chancelier de France, Commandeur de nos Ordres, & qu'il en sera ensuite remis deux Exemplaires de chacun dans notre Bibliotheque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, & un dans celle de notre très-cher & féal Chevalier le sieur DAGUESSEAU, Chancelier de France, le tout à peine de nullité des Présentes; du contenu desquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir l'Exposant, ou ses ayant cause, pleinement & paisiblement, sans souffrir qu'il leur soit fait aucun trouble ou empêchement. Voulons que la copie des Présentes qui sera imprimée tout au long au commencement ou à la fin desdits Livres, soit tenue pour duement signifiée; & qu'aux Copies collationnées par l'un de nos Amés & Féaux Conseillers & Sécrétaires, foi soit ajoutée comme à l'Original. Commandons au premier notre Huissier ou Sergent sur ce requis, de faire pour l'exécution d'icelles tous Actes requis & nécessaires sans demander autre permission, & nonobstant clameur de Haro, Chartre Normande & Lettres à ce contraires. CAR tel est notre plaisir. DONNÉ à Paris, le onzieme jour du mois de Décembre, l'an de Grace mil sept cent quarante-quatre, & de notre Regne le trentieme.

PAR LE ROI EN SON CONSEIL.

Signé, SAINSON.

Régistré sur le Régistre XI. de la Chambre Royale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N°. 407. *fol.* 347. *conformément aux anciens Réglemens, confirmés par celui du* 28. *Février* 1723. A Paris, ce 28. Janvier 1745.

Signé, VINCENT, Syndic.







